



Isabel Dunshee de Abranches Acylyno de Lima

**A função social da empresa sob a
óptica civil-constitucional**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Mestrado Profissional em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica da PUC-Rio.

Orientadora: Prof^a. Thamis Dalsenter Viveiros de Castro

Coorientador: Prof. Anderson Schreiber

Rio de Janeiro,
Setembro de 2022



Isabel Dunshee de Abranches Acylino de Lima

**A função social da empresa sob a
óptica civil-constitucional**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do grau de Mestre pelo Programa
de Mestrado Profissional em Direito Civil
Contemporâneo e Prática Jurídica da PUC-Rio.

Prof^a. Thamis Dalsenter Viveiros de Castro

Orientadora

PUC-Rio

Prof. Anderson Schreiber

Coorientador

Schreiber Domingues Cintra Lins e Silva Advogados.

Prof^a. Ana Frazão

UnB

Prof. Vitor Almeida

PUC-Rio

Rio de Janeiro,
setembro de 2022

Todos os direitos reservados. A reprodução, total ou parcial, do trabalho é proibida sem autorização da autora, da universidade e dos orientadores.

ISABEL DUNSHEE DE ABRANCHES ACYLINO DE LIMA

Graduada em Direito pela PUC-RIO em 2005, advogada da Petrobras desde 2008, com especialização em gestão pelo Harvard Manage Mentor Program, pós-graduada em gestão empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV – Rio), atuou por quatro anos como gerente do jurídico de M&A da Petrobras, quatro anos como gerente de atendimento aos órgãos reguladores do mercado de capitais na área de Relacionamento com Investidores da Petrobras e atualmente atua como gerente na área de E&P da companhia, responsável pela gestão dos contratos dos projetos de partilha da produção.

Ficha Catalográfica

Lima, Isabel Dunshee de Abranches Acylino de

A função social da empresa sob a óptica civil-constitucional / Isabel Dunshee de Abranches Acylino de Lima; orientadora: Thamis Dalsenter Viveiros de Castro; coorientador: Anderson Schreiber. – 2022.

117 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2022.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Função social da empresa. 3. Limites à livre iniciativa. 4. Solidariedade. 5. Dignidade humana. 6. Direito civil-constitucional. I. Castro, Thamis Dalsenter Viveiros de. II. Schreiber, Anderson. III. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. IV. Título.

CDD: 340

Para meu pai, minha mãe, meu irmão, meu marido e minhas meninas:
Claudio, Christina, Caco, Augusto, Gabi e Naná,
Meus grandes amores.

Agradecimentos

À minha orientadora Prof^a Thamis Dalsenter Viveiros de Castro, por todos os ensinamentos que me proporcionou ao longo desses anos.

Ao meu coorientador Prof. Anderson Schreiber, exemplar para mim, não apenas no ambiente acadêmico, mas ao longo de nossas vidas.

A todos os professores que participaram da minha formação, da escola à universidade.

Aos meus pais Christina e Claudio, pelo apoio incondicional, por serem minha fonte de inspiração e por terem em meus sonhos as suas próprias realizações.

Ao meu irmão Marcos, meu melhor amigo e companheiro de vida.

À minha filha Gabriela e à minha querida Naná, por terem me apresentado o real sentido da vida.

Ao meu marido Augusto, pelo apoio, carinho e compreensão e por dividir este e outros projetos de vida comigo.

À minha sogra Sônia, por todo o incentivo e entusiasmo pela vida acadêmica.

Ao meu avô José, pelo exemplo, amor e dedicação integral à família. Sinto saudades, mas nunca a sua ausência.

Aos meus grandes amigos, família que escolhi, aqui representados pela Bella, Fê e Flavinha.

À Baiá, Mamá e Léa, que estão sempre a meu lado.

Resumo

Lima, Isabel Dunshee de A. A. de. **A função social da empresa sob a óptica civil-constitucional**. Orientadora: VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. Coorientador: SCHREIBER, Anderson. Rio de Janeiro, 2022. 117 p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O conceito tradicional da função social da empresa, hoje predominante na doutrina e jurisprudência brasileiras, apresenta uma compreensão focada na circulação de riquezas e na geração de empregos. Tal compreensão, embora reflita aspecto importante da função social da empresa, não esgota seu conteúdo, quando compreendido sob a óptica civil-constitucional. Nesse sentido, acompanhando a evolução histórica que demonstrou a necessidade de se promover a conciliação da autonomia privada com os ideais de solidariedade social, e o consequente processo de funcionalização dos institutos jurídicos, é preciso que a ideia subjacente a tão relevante princípio seja revista, dimensionando sua abrangência além da perspectiva socioeconômica que hoje o caracteriza. Revela-se necessário, assim, reconhecer que o princípio da função social da empresa impõe a obrigação de que a atividade empresária seja desempenhada de forma orientada a promover valores e princípios constitucionais, sobretudo a dignidade humana. O projeto pessoal do empresário deve ser conciliado com o igual direito de todos os indivíduos de terem seus respectivos projetos de vida respeitados. Nessa perspectiva, o presente trabalho aponta outras dimensões que devem ser depreendidas da função social da empresa interpretada à luz da constituição. E a partir dessa nova concepção, propõe consequências concretas aos administradores que não observarem tão relevante princípio.

Palavras-chave

Função social da empresa; limites à livre iniciativa, solidariedade, dignidade humana; direito civil-constitucional.

Abstract

Lima, Isabel Dunshee de A. A. de. **The social function of the company under the constitutionalization of private law perspective.** Professor Advisor: VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. Professor co-advisor: SCHREIBER, Anderson. Rio de Janeiro, 2022. 117 p. Master Dissertation – Law Department, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The traditional concept of the social function of the company, currently predominant in Brazilian doctrine and jurisprudence, presents an understanding focused on wealth circulation and jobs generation. Although such understanding reflects a relevant aspect of the social function of the company, it does not exhaust its content when understood from a constitutionalization of private law perspective. In this sense, following the historical evolution that demonstrated the need to promote the conciliation of private autonomy with the ideals of social solidarity, and the consequent process of functionalization of legal institutions, it is necessary to review the idea underlying such a relevant principle to encompass other dimensions beyond the socioeconomic perspective that characterizes it today. Therefore, it is necessary to recognize that the social function of the company principle imposes the obligation that the business activity is carried out in a way that promotes values and constitutional principles, especially human dignity. The entrepreneur's personal project must be harmonized with the equal right of all individuals to have their own personal life projects respected. From this perspective, the present work points out other dimensions that must be inferred from the social function of the company interpreted in the light of the Brazilian constitution. And based on this new conception, it proposes concrete consequences for administrators who do not observe such an important principle.

Keywords

Social function of the company; limits to free enterprise, solidarity, human dignity, constitutionalization of private law.

Sumário

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO BRASIL	15
1.1 A autonomia privada e o princípio da solidariedade.....	15
1.2 O processo de funcionalização dos institutos jurídicos	20
1.3 A função social da empresa no direito brasileiro e a insuficiência de seu conceito tradicional à luz da Constituição da Federal de 1988	27
CAPÍTULO II A NECESSIDADE DE RELEITURA DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA SOB A ÓPTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL.....	37
2.1 A função social da empresa sob a óptica civil-constitucional.....	37
2.1.1 A função social da empresa em perspectiva: socioeconômica, condicionadora e promocional	44
2.2 A agenda ESG e o conceito de Conduta Empresarial Responsável introduzido pela OCDE	69
2.3 Diferenciação entre função social da empresa e responsabilidade social.....	77
CAPÍTULO III A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO LIMITE À LIVRE INICIATIVA E FUNDAMENTO PARA RESPONSABILIZAÇÃO DO ADMINISTRADOR	81
3.1 A função social da empresa como limite à livre iniciativa.....	81
3.2 O aumento arbitrário de preços durante a pandemia da covid-19 ..	89
3.3 A proposta de inabilitação do empresário pela violação da função social da empresa	96
CONSIDERAÇÕES FINAIS	107
REFERÊNCIAS.....	112

*A solidariedade é o sentimento que melhor
expressa o respeito pela dignidade humana.*
Franz Kafka

INTRODUÇÃO

Em 2020, a sociedade contemporânea viveu a maior crise sanitária do século XXI, em decorrência da pandemia da covid-19, causada pelo vírus Sars-CoV-2.

Entre vários de seus efeitos, um aspecto merece destaque no contexto do presente trabalho: todos os agentes econômicos da sociedade tiveram suas atribuições e condutas questionadas, colocadas em avaliação. Afinal, qual era o papel de cada um nesse cenário?

Como a pandemia afetou a sociedade em geral, todos foram instados a avaliar suas responsabilidades diante dessa realidade. O que, em última instância, provoca um questionamento mais amplo sobre a função que temos a desempenhar na sociedade.

Nos versos de Caetano Veloso, fomos todos provocados a refletir: “existirmos, a que será que se destina?”

Essa reflexão é semelhante à que se faz quando se analisa a função social dos institutos jurídicos, averiguando-se para que servem e que papel têm a desempenhar, de forma a justificar sua tutela jurídica.

Sabe-se que o principal objetivo de uma empresa¹ perante seus sócios é promover a geração de lucro. Esse é o fim – legítimo, vale frisar – de todo empresário.

Porém, as sociedades empresárias possuem um papel a desempenhar não apenas perante seus sócios, mas também junto à coletividade.

A partir do momento em que a Constituição Federal de 1988 erigiu a dignidade humana como vértice axiológico do ordenamento jurídico brasileiro, apontou um sentido único, um paradigma que deve ser observado por todos os institutos jurídicos.

Sob essa perspectiva, é fundamental esclarecer, em tempos políticos de ampla polarização, independentemente do viés ideológico, a orientação de qualquer

¹ O termo “empresa” é concebido pelo ordenamento jurídico brasileiro como a atividade econômica organizada para a produção de bens e serviços com o objetivo de lucro. Não se confunde, portanto, com a pessoa jurídica que explora a atividade empresária – art. 966, do Código Civil de 2002. Nesse sentido, como ensina Coelho (2011, p. 78), “a pessoa jurídica empresária é cotidianamente denominada ‘empresa’, e os sócios são chamados ‘empresários’. Em termos técnicos, contudo, empresa é a atividade, e não a pessoa que a explora.”. Entretanto, ao longo do presente trabalho, pede-se *vênia* para utilizar a expressão “empresa” em sentido *lato*, abrangendo a atividade empresária e as sociedades empresárias.

instituto jurídico deve ser sempre a promoção da dignidade da pessoa humana. Na legalidade constitucional, esse é o requisito de validade e legitimidade de todos os direitos subjetivos.

Assim, a livre iniciativa deve receber proteção constitucional quando direcionada não apenas para a promoção dos interesses individuais dos empresários, mas também para a satisfação dos anseios coletivos.

Os princípios constitucionais da ordem econômica, insculpidos no art. 170 da Constituição Federal, deixam claro que a empresa, como atividade econômica organizada, assume importante papel junto ao Estado na promoção da justiça social. Fica assim caracterizado relevante aspecto que o conceito de função social da empresa precisa traduzir.

Com efeito, a concepção de outrora, típica do liberalismo, que compreendia a liberdade individual e a propriedade como valores absolutos, ilimitados e incondicionados, deu lugar ao reconhecimento de uma intersubjetividade dos direitos.

Compreendeu-se que a vida em sociedade demanda a conciliação dos interesses individuais com os coletivos, de forma que os direitos subjetivos só serão reconhecidos como legítimos se exercidos em observância à sua função social.

Nesse contexto, o exercício da liberdade econômica e da livre iniciativa está condicionado à observância dos princípios e valores constitucionais, como a solidariedade e a dignidade da pessoa humana. Caso contrário, a tão aclamada liberdade individual, que hoje retornou ao foco dos debates políticos, só será experimentada por alguns.

Dessa forma, o exercício de atividade econômica organizada que constitua empresa pode e deve ser desempenhado com o objetivo de gerar lucro para o empresário, mas em estrita observância à sua função social.

A empresa deve, assim, ser exercida visando promover não apenas a realização do projeto pessoal do empresário, mas também de todos os membros da sociedade que têm o igual direito de realizarem seus respectivos projetos de vida.²

Porém, a pergunta que persiste é se o conceito de função social da empresa, adotado atualmente no Brasil, exprime essa exigência de desempenho da atividade

² LOPES, 2006, p. 278.

empresária em consonância com os princípios e valores previstos na Constituição Federal de 1988.

Como se verá ao longo deste trabalho, a concepção da função social da empresa, preponderante na doutrina e jurisprudência brasileiras encontra-se atrelada ao pagamento de tributos, geração de empregos, respeito ao meio ambiente e às normas consumeristas. Há uma clara associação desse princípio à sua contribuição socioeconômica para a sociedade, por meio da circulação de riquezas.

Tal conceito não parece, entretanto, traduzir a real dimensão do que se espera das sociedades empresárias em uma abordagem civil-constitucional do direito privado, que impõe uma releitura dos institutos jurídicos à luz dos princípios constitucionais.

Com efeito, é inquestionável que as empresas têm papel fundamental no desenvolvimento econômico e social de todas as economias capitalistas.

As empresas promovem a circulação de riqueza, geram empregos e renda, pagam tributos, contribuindo para o desenvolvimento socioeconômico do país, mas esse relevante papel que desempenham não pode ser compreendido como suficiente para esgotar a ideia de função social da empresa.

Ao contrário, deve ser entendido como desdobramento de uma compreensão maior, caracterizando a função social da empresa como o desempenho da atividade empresária orientada para a promoção dos princípios e valores constitucionalmente relevantes.

Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo analisar o princípio da função social da empresa no Brasil, expondo a necessidade e a importância de sua releitura sob a óptica civil-constitucional.

Para tanto, o primeiro capítulo do trabalho apresentará a transição filosófico-jurídica vivenciada a partir da evolução do Estado Liberal para o Estado Social, abordando o novo olhar que se atribuiu à autonomia privada, a partir da ideia de solidariedade social.

Ainda no primeiro capítulo, será abordado o movimento de funcionalização dos institutos jurídicos, que surge como desdobramento dessa nova concepção da autonomia privada.

Ademais, será explorado o conceito atual de função social da empresa no Brasil, demonstrando suas deficiências e a necessidade de sua revisão a partir de uma perspectiva civil-constitucional do direito privado.

No segundo capítulo, será apresentada a concepção que se propõe do princípio da função social da empresa sob a óptica civil-constitucional.

Nesse contexto, além da tradicional perspectiva socioeconômica do princípio, serão abordadas outras dimensões da função social da empresa.

Uma de base condicionadora, que funciona como critério de legitimação dos atos empresariais e que se presta a promover o desempenho da atividade empresarial de forma conciliatória com os interesses dos empresários e da coletividade. Do que decorre a obrigação de se conduzir as atividades empresariais em estrita observância aos princípios e valores constitucionais.

E outra de base promocional, que aponta para a compreensão da função social da empresa como princípio que impõe deveres positivos aos empresários e administradores para a realização da justiça social.

Tal dimensão também funciona como fundamento de validade para decisões empresariais que, em determinadas circunstâncias e respeitados alguns requisitos, priorizam os interesses coletivos em detrimento da maximização do lucro.

Ainda no segundo capítulo, será explorado o cenário internacional onde hoje se inserem as sociedades empresárias, abordando as exigências do mercado para um exercício responsável da atividade empresária, por intermédio da agenda ESG (Environmental, Social and Governance), das orientações extraídas do Fórum de Davos e da *Business Roundtable*, bem como das recomendações emitidas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Na sequência, será apresentada a diferença entre *função social da empresa* e *responsabilidade social* e a importância da correta compreensão dos dois conceitos.

No terceiro capítulo, será abordada a importância de se conceber a função social da empresa como limite à liberdade econômica, impedindo o aumento arbitrário de preços em períodos de emergência social, como os vivenciados durante a pandemia da covid-19.

Em seguida, serão apresentadas as consequências para os administradores decorrentes da violação à função social da empresa, como forma de aplicação concreta de tal princípio, podendo importar, inclusive, na sua inabilitação.

Antes, porém, de se passar para os próximos capítulos, em um contexto de crescente valorização da liberdade econômica e dos ideais de livre mercado, importa destacar que a abordagem que se fará sobre a função social da empresa não

é incompatível com os ideais capitalistas de lucro e de geração de riqueza e não está atrelada a qualquer ideologia política.

A ideia de função social da empresa pode induzir um leitor desavisado à equivocada conclusão de que se estaria impondo à atividade empresária deveres que são tidos como inerentes e próprios do poder público.

A associação do termo “social” à empresa, instituição símbolo do capitalismo moderno, pode parecer para alguns contraditória e gerar apreensão, mas não deveria.

Mesmo para aqueles que porventura não estejam (infelizmente) preocupados com a promoção dos valores e princípios constitucionais, ainda presos ao individualismo exacerbado do Estado Liberal, cabe o alerta: a função social da empresa representa importante princípio necessário para um desempenho sustentável, perene e lucrativo da atividade empresária.

Sim, o tão perquirido lucro depende de atuação empresarial desempenhada de forma responsável e solidária, com a devida observância de sua função social.

Afinal, as atividades empresariais precisam estar inseridas em economias resilientes, que promovam a circulação de riquezas e proporcionem aos indivíduos as condições necessárias para a produção e o consumo.

Assim, o presente trabalho também se destina àqueles que moralmente não estejam preocupados com a promoção de uma sociedade livre, justa e solidária, interessados em sustentar teorias jurídicas que se preocupem em garantir apenas os interesses patrimoniais individuais.

Ao final desta obra, ainda que contrariados, perceberão ser necessário concluir que a realização dos interesses individuais depende da concretização dos interesses coletivos.

CAPÍTULO I – A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO BRASIL

1.1 A autonomia privada e o princípio da solidariedade

A ideia de função social da empresa implica na percepção de que a atividade empresária só será legítima se exercida de forma orientada para promover não apenas os interesses do empresário, mas também de toda a coletividade.

Porém, para se entender como os interesses da sociedade em geral passaram a ser compreendidos como elementos intrínsecos dos institutos jurídicos, é necessário analisar a evolução histórica pela qual passou o conceito de autonomia privada.

A autonomia privada é essencial ao desenvolvimento de cada indivíduo, permitindo a execução de um projeto de vida compatível com os valores, desejos e anseios que cada um desenvolve para si.

O poder de escolha e de atuar de acordo com a própria vontade está diretamente associado à liberdade, direito fundamental que deve ser efetivamente protegido pelo ordenamento jurídico.

Entretanto, não se pode olvidar que a autonomia privada não é um princípio absoluto, desassociado dos demais princípios que, igualmente importantes, também foram tutelados no texto constitucional.

Nesse sentido, a Constituição Brasileira de 1988 prevê expressamente que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é a promoção de uma sociedade livre, justa e solidária, ou seja, a liberdade vem, *prima facie*, acompanhada da justiça e da solidariedade.

Mas para melhor compreendermos a conexão entre o princípio da solidariedade e a autonomia privada, é preciso analisarmos a transição filosófico-jurídica ocorrida a partir do fim do século XIX, que permitiu abandonar a ideia da autonomia privada como um espaço individual inatingível e imponderável perante qualquer interesse coletivo.

Até aquele momento, preponderava no cenário jurídico uma preocupação exacerbada com a liberdade, como resposta de uma sociedade burguesa que não mais tolerava as imposições soberanas e os privilégios da nobreza.

A proposta liberal, que teve entre seus maiores defensores John Locke, Adam Smith e Immanuel Kant, tinha como principal preocupação a proteção das liberdades individuais, sobretudo contra a intervenção estatal.³

O liberalismo fundava-se na ideia de que a liberdade e os direitos subjetivos deveriam ser inquestionáveis e ilimitadamente protegidos, já que levariam naturalmente à harmonia social.

A liberdade individual, acompanhada da propriedade, era compreendida como o direito mais importante a ser reconhecido pelo ordenamento jurídico e não deveria sofrer qualquer interferência estatal.

Não por outra razão, o Código Civil de Napoleão de 1804 previa expressamente que a propriedade deveria ser compreendida como o direito de usar a coisa de forma absoluta.⁴

Havia uma preocupação muito grande, ainda reflexo do período feudal, de afirmação e enaltecimento da liberdade individual e de repúdio à interferência estatal. O Estado deveria ter uma estrutura mínima, composta daquilo que fosse estritamente necessário para assegurar as liberdades individuais.

Assim, os institutos jurídicos, no contexto do liberalismo, eram compreendidos como estruturas exclusivamente destinadas a atender aos anseios e objetivos individuais.⁵

O direito privado encontrava-se isolado das normas de direito público, representando um ambiente específico e próprio para tutelar exclusivamente os interesses particulares.⁶ As normas de direito público não deveriam se aplicar às relações privadas.

³ LOPES, 2006, p. 34-35.

⁴ Nessa linha, Moraes (1993, p. 22) menciona: “emblemática, em propósito, é a concepção que no *Code* se tem da propriedade, seu instituto central, ali definida como o ‘direito de gozar e dispor dos bens de maneira absoluta’”.

⁵ Embora fosse possível identificar uma preocupação inicial na filosofia liberal com a harmonia social, o tema não foi aprofundado em razão da crença que se tinha à época de que o reconhecimento formal do direito à liberdade e à propriedade seria suficiente para garantir a harmonia social (LOPES, 2006, p. 34).

⁶ Como adverte Dalsenter (2017, p. 12) “[...] o conceito de autonomia desenvolvido sob medida para os ideais oitocentistas estava alicerçado em um modelo jurídico essencialmente patrimonialista, que pouco ou nenhum espaço reservava para a tutela da pessoa em seus aspectos existenciais. Nesse ambiente, a autonomia privada patrimonial se consagrou como princípio fundamental e praticamente absoluto, revelando todo o seu potencial para garantir juridicamente um sistema econômico de circulação de bens e acumulação de riquezas a salvo das ingerências estatais.”

Vigorava o positivismo jurídico, com a crença de que o reconhecimento formal das liberdades se revelaria como o mecanismo mais adequado contra a indesejada interferência estatal.

A formalização e a racionalização do direito eram vistas como uma segurança para os particulares, e as codificações compreendidas como instrumentos perfeitos que traziam a solução para todo e qualquer problema enfrentado pela sociedade.

O direito era, portanto, aquele escrito nas leis, imposto pelo legislador, não cabendo ao intérprete fazer qualquer juízo de valor sobre as normas postas. Ao magistrado, caberia, apenas, aplicar a lei como ela se encontrava, sem adentrar no mérito da justiça de suas decisões.

Nessa linha, o positivismo jurídico, que encontrava abrigo na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, propunha uma independência científica do direito e defendia que a ciência jurídica deveria ocupar-se em definir estruturalmente os institutos jurídicos (*o que são*), em vez de se preocupar com a função que aqueles institutos teriam no ordenamento (*para que servem*). Segundo o jurista austríaco, a análise funcional dos institutos jurídicos caberia aos sociólogos e filósofos.⁷

Assim, o direito formalmente reconhecido nas codificações deveria ser aplicado nos termos ali expressos, sem espaço para uma compreensão holística dos institutos jurídicos que considerasse outros interesses que não os individuais.

O temor do arbítrio estatal era tamanho que acabou gerando um engessamento do direito, impedindo-o de cumprir de forma satisfatória o seu papel fundamental de integração social.⁸

Ocorre que a crença de que o simples reconhecimento das liberdades formais seria suficiente para se obter uma harmonia social não se concretizou, afinal, tal ideia só se sustentaria se uma premissa fosse verdadeira: todas as pessoas deveriam partir de uma mesma base econômica e social. O que não era a realidade que se identificava à época.

As pessoas não partiam de condições econômicas e sociais isonômicas. E quando as pessoas partem de realidades desiguais, as liberdades individuais inevitavelmente acabam não se concretizando para todos, na medida em que não há como se falar em exercício da liberdade para aqueles que não têm as condições mínimas de existência digna de um ser humano.

⁷ SANTOS; MENDES, 2016. p. 97.

⁸ LOPES, 2006, p. 52.

Destarte, já advertia o professor de Oxford Isaiah Berlin, ao afirmar que “oferecer direitos políticos ou salvaguardas contra a intervenção do Estado a homens seminus, analfabetos, subnutridos e doentes é zombar de sua condição: eles precisam de ajuda médica ou educação antes de poderem compreender ou aproveitar um aumento em sua liberdade”.⁹

Assim, a realidade social que se apresentava no fim do século XIX e início do século XX demonstrava que a “mão invisível” de Adam Smith, que supostamente garantiria a harmonia social a partir da proteção total e absoluta da liberdade individual, não era capaz de produzir tal efeito.¹⁰

Ao contrário, a concepção liberal, pressupondo uma ordem social composta por homens pretensamente livres e iguais, acabou gerando uma sociedade marcada pelo hiperindividualismo.¹¹

Com isso, a realidade foi, pouco a pouco, demonstrando que as teorias liberais, conforme aplicadas, não conduziam à desejada harmonia social.¹²

Nesse contexto, em contraposição ao exacerbado individualismo e patrimonialismo do Estado Liberal, surge a ideia de solidariedade social, revelando a necessidade de conciliação dos interesses individuais com os da coletividade.

Um dos principais filósofos que encampou essa transição foi August Comte que, em ruptura com os ideais do Estado Liberal, defendeu a ideia de solidariedade social, sendo esta compreendida como o elo natural entre os homens. Segundo o filósofo francês, haveria uma ligação de cada indivíduo com a sociedade, que implicava involuntariamente em um sentimento íntimo de solidariedade social (FRAZÃO, 2006, p. 95).

Comte defendia a proteção aos direitos individuais – ele não era contrário à ideia de propriedade, por exemplo, mas entendia que ela deveria ser concebida de forma diversa da compreensão que o liberalismo lhe emprestava, eliminando o seu caráter arbitrário e pessoal e direcionando o seu exercício para o bem da sociedade.¹³

⁹ BERLIN, 2002, p. 231.

¹⁰ LOPES, 2006, p. 63.

¹¹ VIVEIROS DE CASTRO, 2017, p. 34.

¹² Sobre esse cenário, Lopes (2006, p. 47) menciona que Edmond Burke advertiu “que de nada adiantara que o movimento fosse inspirado em ideais libertários, quando o que se verificava na França, um ano após a revolução, era a manutenção das classes oprimidas, enquanto a aristocracia tradicional era substituída por uma aristocracia do dinheiro”.

¹³ LOPES, 2006, p. 96.

Outro filósofo que teve grande importância no desenvolvimento da teoria da solidariedade social foi Émile Durkheim que, na linha de Comte, entendia que o homem é um ser social e que é a vida em sociedade que lhe dá sentido à vida.¹⁴

O filósofo francês também reconhecia a individualidade do ser humano, mas não de forma absoluta, defendendo uma necessária integração moral entre os indivíduos.

Para ele, os indivíduos, assim como reclamavam por sua individualidade, dependiam de uma inserção social para alcançar a felicidade, inserção que demandava a existência de regras morais, de limites, que proporcionassem uma coesão social.

Durkheim defendia uma interpretação da solidariedade que não eliminasse a individualidade, e sim a reconhecesse como um direito, buscando com ela se harmonizar.

Com efeito, a teoria da solidariedade social, juntamente com outros movimentos intelectuais da época,¹⁵ demonstrava o necessário rompimento com o individualismo absoluto característico do Estado Liberal e a necessidade de conciliação da autonomia privada com a solidariedade social.

Esse movimento filosófico foi refletido na teoria do direito da época, encontrando em Jhering um dos precursores da compatibilização da autonomia privada com os ideais solidários.

Como narra Frazão (2006, p. 111), o jurista alemão defendia que os direitos subjetivos deveriam ser exercidos considerando também a promoção do bem-estar social, já que seria inclusive contraditório que a sociedade tutelasse direitos que fossem exercidos de forma incompatível com seus próprios interesses.

Outros autores de relevo, como Leon Duguit, Maurice Hauriou e George Gurvitch, exploraram a importância da solidariedade na compreensão dos direitos subjetivos.¹⁶

Era latente a existência de uma intersubjetividade que demandava uma harmonia entre os diferentes interesses envolvidos.

¹⁴ LOPES, 2006, p. 97.

¹⁵ Lopes (2006, p.88) menciona que, ao lado da teoria da solidariedade social, iniciada por Comte e revisada por Durkheim, outras duas teorias influenciaram o movimento de transição do Estado Liberal para o Estado Social: (i) o socialismo e o marxismo e (ii) o social liberalismo de John Stuart Mill.

¹⁶ LOPES, 2006, p. 111.

Nesse contexto, os direitos subjetivos não “poderiam mais ser considerados absolutos, até porque, sendo tutelados para a preservação do bem comum e dos interesses maiores da sociedade, teriam como limites naturais esses interesses sociais” (LOPES, 2006, p. 110).

Com efeito, surgiram diversas teorias antiformalistas, que tinham como objetivo comum assegurar uma compreensão do direito que promovesse uma verdadeira harmonia social, orientada por princípios de justiça e pela conciliação dos interesses privados com os interesses sociais.¹⁷

Essa inquietação teórica, associada aos movimentos revolucionários do início do século XX, foi abrindo espaço para um novo olhar sobre o direito.¹⁸

Tornara-se evidente a necessidade de conciliar individualidade e autonomia privada, com solidariedade, buscando-se, assim, uma concreta harmonia social.

E como consequência, revelava-se necessária uma nova concepção dos institutos jurídicos, de modo a compreendê-los como instrumentos destinados não apenas à satisfação dos interesses de seu titular, e sim de toda a coletividade.

Surge, então, o movimento de funcionalização dos institutos jurídicos, tema que será abordado a seguir.

1.2 O processo de funcionalização dos institutos jurídicos

A análise da função social da empresa sob a óptica civil-constitucional perpassa, necessariamente, pela compreensão da ideia de funcionalização dos institutos jurídicos.

Isso porque, é por meio desse processo que os institutos jurídicos passam a ser compreendidos a partir de seus efeitos essenciais, ou seja, avaliando-se para que servem, buscando-se, assim, a compreensão da função que aquele instituto desempenha no ordenamento jurídico.

Esse processo de revisão dos institutos jurídicos está diretamente relacionado à transição do Estado Liberal para o Estado Social e à noção de solidariedade social

¹⁷ LOPES, 2006, p. 107.

¹⁸ LOPES (2006, p. 107) bem descreve esse contexto de transição do direito, mencionado que “houve um rico movimento intelectual e social, que se intensificou especialmente a partir da segunda metade do século XIX, cuja pretensão maior era a de superar o individualismo egoísta que se consolidara no Estado Liberal, possibilitando a efetiva realização da harmonia social, o que não fora obtido com a mera previsão das liberdades formais”.

que passou a permear os ordenamentos jurídicos, conforme abordado no item anterior.

Com efeito, com a consolidação do Estado Social,¹⁹ a partir da segunda década do século XX, os institutos jurídicos passaram a integrar um ordenamento jurídico que não estava mais orientado à proteção dos interesses individuais isoladamente considerados, e sim conjugados com a promoção do bem-estar social.

O Estado Social surgira com o objetivo de conciliar o capitalismo com o bem-estar social, e as novas constituições passaram a prever expressamente os direitos sociais e a participação do Estado para assegurar a observância de tais direitos.²⁰

Nesse contexto, os institutos jurídicos passaram por uma releitura, destinada a contemplar a já reconhecida e necessária intersubjetividade dos direitos, considerando, ao mesmo tempo, os interesses privados e os sociais.²¹

No anseio de conciliar individualidade e solidariedade, os direitos individuais deixaram de ser compreendidos como absolutos, intocáveis, e passaram a encontrar nos interesses sociais os seus limites e o seu fundamento de validade.²²

A proteção e a satisfação dos interesses privados deixam de ser as únicas finalidades dos institutos jurídicos, que passam a assumir também um papel promocional dos interesses sociais.

Rompe-se, assim, com a separação entre o direito público e o direito privado, passando-se a compreendê-los como complementares e interligados, e reconhecendo-se que o direito privado também tem o papel de promover a justiça social.²³

Os institutos jurídicos deixam de ser considerados a partir e exclusivamente de sua estrutura, passando-se a se reconhecer a existência da finalidade social como requisito que lhes é intrínseco.

¹⁹ A Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 marcam a consolidação do Estado Social.

²⁰ LOPES, 2006, p. 115.

²¹ Segundo Frazão (2011, p. 93-94), as críticas ao Estado Liberal e à concepção egoísta das liberdades individuais viabilizou a discussão sobre a legitimidade dos próprios direitos subjetivos e aproximou o direito da moral e da justiça, construindo, assim, uma base axiológica sem a qual a teoria da função social da propriedade dificilmente seria reconhecida.

²² Nas lições de Perlingieri (2007, p. 107), “no ordenamento, o interesse é tutelado enquanto atende não somente ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses, o interesse dá lugar, portanto, a uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações ônus. A complexidade das situações subjetivas [...] exprime a configuração solidarista do nosso ordenamento jurídico constitucional”.

²³ LOPES, 2006, p.116.

Com isso, institutos jurídicos como a propriedade privada, por exemplo, passaram a ser encarados não mais como um direito absoluto do seu titular, passando a lhe impor também deveres para com a sociedade:²⁴ surge a ideia de função social dos direitos²⁵ e, conseqüentemente, de função social da propriedade.

Atribui-se a Leon Duguit²⁶ a criação do termo *função social dos direitos subjetivos*,²⁷ embora o próprio constitucionalista francês reconheça o mérito de Comte na criação de tal conceito.²⁸

Importante citar também a inequívoca influência de outras correntes de pensamento, inclusive de fontes cristãs, como a doutrina social da Igreja Católica, prevista na *Encíclica Divini Redemptoris*, do Papa Pio XI, segundo a qual a função da propriedade consiste em impor aos membros de uma comunidade o necessário para o bem comum.²⁹

A ideia de função social empresta uma nova dimensão aos direitos subjetivos: para além de impedir o exercício abusivo do direito (dimensão negativa), passa a impor também ao seu titular a obrigação de exercê-lo de forma orientada à promoção do interesse coletivo (dimensão ativa).³⁰

Exemplo dessa guinada ideológica foi a menção expressa no art. 153 da Constituição de Weimar de 1919 de que “Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen” (em tradução livre: a propriedade obriga. Seu uso também deve servir aos interesses da coletividade).³¹

²⁴ Nas palavras de Schreiber (s/d., p. 5), “a crise de legitimação da propriedade privada e o movimento solidarista evidenciaram a necessidade de se tutelar, com o instituto da propriedade, não apenas os interesses individuais e patrimoniais do proprietário, mas também interesses supraindividuais, de caráter existencial, que poderiam ser prejudicados pelo irresponsável exercício do domínio (e.g., preservação do meio ambiente e bem-estar dos trabalhadores). Altera-se, assim, drasticamente a função da propriedade, que passa a abarcar também a tutela de interesses sociais relevantes”.

²⁵ Como esclarece Lopes (2006, p. 111 e 113), a terminologia função social dos direitos foi incorporada e difundida por Karl Renner. Em função da vinculação que se fazia à época entre liberdade e propriedade, a propriedade acabou sendo o foco das discussões sobre a função social dos direitos.

²⁶ SCHREIBER, s/d., p. 3.

²⁷ Ao definir a função social da propriedade, Duguit (1975, p. 179) esclarece: “Pero la propiedad no es un derecho; es una función social. El propietario, es decir, el poseedor de una riqueza tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir”.

²⁸ LOPES, 2006, p. 109.

²⁹ FRAZÃO, 2011., p. 95-96.

³⁰ *Ibidem*, 2011, p. 102-109.

³¹ Restava claro, assim, nas palavras de Vaz (1993, p. 112-113), que a propriedade deveria “não apenas beneficiar o titular, mas constituir, ao mesmo tempo, um serviço para o mais alto interesse comum”.

Com efeito, o reconhecimento da função social da propriedade nas constituições sociais representava importante avanço para uma concepção menos individualista e mais solidária do direito.

Importa esclarecer, entretanto, que o reconhecimento de um aspecto social dos direitos subjetivos não eliminava os aspectos privados que lhe eram inerentes. A ideia era de conciliação e não de superposição de um interesse sobre o outro.

Essa compreensão é fundamental, para evitar o mal-uso de tão importante concepção sobre os institutos jurídicos, como foi feito pelos regimes totalitários e fascistas, que utilizavam a função social como fundamento para exigir que os institutos jurídicos fossem destinados a atender exclusivamente aos interesses estatais.³²

Era preciso deixar claro, portanto, que não se estava abandonando os aspectos privados dos direitos subjetivos, e sim reconhecendo neles uma outra dimensão, que buscava a conciliação dos interesses individuais com os interesses sociais.

No ordenamento jurídico brasileiro, as influências do conceito de função social da propriedade só passaram a ser percebidas a partir da constituição social de 1934,³³ que condicionava o exercício da propriedade ao interesse coletivo.³⁴

Na mesma linha, a Constituição Brasileira de 1946 determinava que o uso da propriedade estava condicionado ao bem-estar social.³⁵

Mas foi apenas na Constituição de 1967 que a expressão *função social da propriedade* passou a ser expressamente prevista no texto constitucional (art. 157, inc. III),³⁶ o que foi mantido na Constituição Brasileira de 1988 (art. 5º, inc. XXIII).

³² Como alerta Gomes (1990, p.98), “os que professavam a doutrina da função social da propriedade tiveram, no entanto, o desencanto de ver a doutrina da funcionalização da propriedade incorporada ao ideário político de Estados totalitários”. E como consequência desse uso inadequado da ideia de função social, Lopes (2006, p. 120-121) relata que a doutrina italiana se debruçou com afinco sobre o problema e, “paulatinamente, os italianos foram construindo um entendimento segundo o qual a função social da propriedade alterava a própria estrutura do direito, que passava a assumir um papel promocional do interesse coletivo, mas sem comprometer o núcleo de individualidade que é inerente à propriedade privada”.

³³ Importante destacar que antes da Constituição Brasileira de 1934 prevalecia a ideia da propriedade como direito absoluto. Exemplo desse entendimento é o art. 179, inc. XXII da Constituição Imperial de 1824, que assim previa: “É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude.”

³⁴ Art. 113, § 17, da Constituição Brasileira de 1934: “É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar[...].”

³⁵ Art. 147 da Constituição Brasileira de 1946: “O uso da propriedade será condicionado ao 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”.

³⁶ Art. 157 da Constituição Brasileira de 1967: “A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] III - Função Social da Propriedade.”

Acontece que esse movimento de funcionalização dos institutos jurídicos, embora refletido nas principais constituições sociais, não havia sido incorporado pelos códigos civis da Europa, e tampouco pelo Código Civil brasileiro de 1916.

Preponderava ainda a ideia de que as codificações civis eram soberanas, inseridas em realidades próprias, a parte do restante do ordenamento jurídico e desvinculadas das constituições.

Após a II Guerra Mundial, as constituições continuavam a ser concebidas como instrumentos políticos, instáveis diante de eventuais revoluções. Ao contrário dos códigos civis, que remanesciam vigentes mesmo depois da edição sucessiva de diferentes constituições, a exemplo do Código Civil Alemão (BGB), que, em 50 anos de existência, já havia sobrevivido a três constituições.³⁷

Havia uma inércia proposital que relutava em refletir as alterações percebidas pelas constituições sociais nas codificações civis, como forma de perpetrar um direito civil liberal, individualista e patrimonialista.³⁸

Revelava-se necessário refletir nas codificações civilistas os normativos constitucionais e romper, de uma vez por todas, com a *summa divisio* entre o direito privado e o direito público, passando a reconhecer a unicidade do ordenamento jurídico e a supremacia da Constituição.

Nesse sentido, a autonomia privada não poderia mais estar inserida em uma espécie de “zona-franca”, imune ao controle axiológico da constituição.³⁹

Esse foi o raciocínio defendido pela doutrina civil-constitucional, introduzida no Brasil na década de 1990 pelos Professores Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes, a partir das lições da doutrina do direito civil na legalidade

³⁷ SCHREIBER, 2016. p.10.

³⁸ Como adverte Schreiber (2016, p. 9), “enquanto a maior parte das Constituições europeias do pós-guerra aludia à necessidade de que a propriedade privada cumprisse uma ‘função social’ e se ‘tornasse acessível a todos’, as codificações civis continuavam definindo a propriedade como um ‘direito de gozar e dispor da coisa, de modo pleno e exclusivo’, sem qualquer referência a uma função ‘social’. Não se tratava, entenda-se bem, de simples desatualidade das codificações civis, mas de um verdadeiro confronto de valores e ideologias, uma autêntica colisão axiológica entre Constituição e Código Civil”.

³⁹ Nesse sentido, Tepedino (2008, p. 404) adverte que “[...] a autonomia privada não pode mais ser concebida como um direito absoluto, o qual sofreria restrições pontuais por meio de normas de ordem pública. Ao revés, o princípio da autonomia privada deve ser revisitado e lido à luz dos valores constitucionais, não sendo possível admitir espécies de zonas-francas de atuação da autonomia privada, imunes ao controle axiológico ditado pela Constituição da República”.

constitucional, que teve como um de seus maiores expoentes o jurista italiano Pietro Perlingieri.⁴⁰

A doutrina civil-constitucional defende uma constante releitura do direito civil à luz da constituição, o que importa no reconhecimento de que (i) as normas constitucionais podem e devem ser aplicadas às relações privadas e (ii) que tais normas devem ser utilizadas como parâmetro para a interpretação dos institutos de direito civil.⁴¹

Nesse contexto, a doutrina civil-constitucional ratifica a ideia de funcionalização dos institutos jurídicos, defendendo que os institutos de direito civil devem ser compreendidos como instrumentos destinados não apenas à concretização dos interesses individuais de seus titulares, mas também, e principalmente, à promoção de interesses socialmente relevantes.⁴²

E vai além, apontando que a compreensão do que se entende como interesses socialmente relevantes deve ser extraída a partir dos princípios e valores insculpidos na Constituição Federal.⁴³

Com efeito, a doutrina civil-constitucional proporciona um avanço na ideia de funcionalização dos institutos jurídicos, já que apresenta ao intérprete a fonte legal para a extração da abrangência do conceito de função social. Em outras palavras, aponta o parâmetro a ser seguido para a realização da função social: a concretização dos princípios e valores previstos na carta constitucional.⁴⁴

Com isso, os princípios fundantes do direito civil se deslocam do Código Civil para a Constituição e a autonomia privada passa a ser compreendida a partir

⁴⁰ SCHREIBER, 2016, p. 10.

⁴¹ SCHREIBER, 2016, p. 10.

⁴² Nas palavras do professor Tepedino (2006, p. 53), “trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais”.

⁴³ Nesse sentido, conforme Rodrigues e Régis (2020, p. 356), “diante da primazia da tutela da pessoa humana, proposta como fundamento da República, nos termos da CRFB/88, todos os institutos jurídicos de direito privado, em aspecto funcional, devem ter como objetivo a realização, direta ou indireta, de valores sociais relevantes, à luz da legalidade constitucional”.

⁴⁴ Sobre a contribuição gerada pela funcionalização dos institutos jurídicos, Viveiros de Castro (2017, p. 50) ensina que, “[...] as alterações sofridas pelo conceito tradicional de autonomia privada só puderam ser concretamente efetivadas a partir da etapa subsequente do raciocínio funcional: trata-se, agora, de vincular a função individual que todo instituto possui aos fins sociais impostos pela Constituição Federal de 1988”.

de valores extrapatrimoniais. Ocorre um processo de funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais.⁴⁵

Nesse contexto, os princípios e valores insculpidos na Constituição Federal de 1988 passam a ser compreendidos como fundamento de validade para o reconhecimento dos direitos subjetivos⁴⁶ – entre eles, merece destaque o princípio da dignidade humana, erigido ao vértice axiológico de nosso ordenamento jurídico.⁴⁷

Assim, o foco principal do direito deixa de ser o indivíduo em abstrato e passa a ser a pessoa humana, cuja proteção deve ser garantida pela ordem jurídica como um todo.⁴⁸

Esse movimento de incidência dos princípios e valores constitucionais sobre os institutos de direito civil foi fundamental para concretizar os avanços obtidos pelo Estado Social.

Nas palavras do professor Tepedino (2021, p.1),

a verdade é que as conquistas seculares do direito público, que produziram sucessivas gerações de direitos e garantias fundamentais do cidadão perante o Estado, tornar-se-iam inoperantes, para as transformações sociais pretendidas, não fosse a incidência da norma constitucional nas relações privadas.

E foi a partir da ideia de funcionalização dos institutos jurídicos e de função social da propriedade que se inaugurou o processo de funcionalização da empresa.

⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo. *A função social nas relações patrimoniais*. Disponível em: https://www.academia.edu/30890621/A_fun%C3%A7%C3%A3o_social_nas_rela%C3%A7%C3%B5es_patrimoniais. Acesso em: 29 set. 2021, p. 1-2.

⁴⁶ Como ensina o Ministro do STF Luiz Roberto Barroso (2004, p. 139), “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”.

⁴⁷ Nas palavras de Moraes (1993, p. 28), “sob essa ótica, as normas de direito civil necessitam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais. A regulamentação da atividade privada (porque regulamentação da vida cotidiana) deve ser, em todos os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana”.

⁴⁸ Como ensina Tepedino (2014, P. 142), “neste renovado direito civil interpretado à luz da Constituição, abandona-se a noção da pessoa humana como sujeito de direitos abstrato, anônimo, e cuja importância se associava exclusivamente à capacidade patrimonial. Atenta-se, isso sim, para a sua qualificação na relação jurídica concreta em que se insere, levando-se em consideração o valor social da atividade. A pessoa humana, portanto, qualificada de acordo com sua realidade específica, e protegida pelo ordenamento segundo seu grau de vulnerabilidade em concreto, torna-se a categoria central do direito privado contemporâneo.”

Destarte, considerando que o empresário, pessoa física ou jurídica, é aquele que organiza os bens de produção – de sua propriedade e/ou de seus sócios – para a exploração de uma atividade econômica orientada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, a noção de empresa está diretamente ligada à ideia de propriedade.

Porém, na função social da empresa, a ênfase da função social se desloca da propriedade para a organização e o controle da atividade empresária.

Nas palavras de Comparato (1996, p. 76),

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

De qualquer sorte, o que importa é reconhecer que, a partir do movimento de funcionalização dos institutos jurídicos e do conceito de função social da propriedade, desenvolveu-se a ideia de função social da empresa, e, com isso, a compreensão de que a condução da atividade empresária deve ser feita considerando não apenas os interesses do empresário, mas também da comunidade na qual a empresa está inserida.

Entretanto, o conceito de função social da empresa atualmente preponderante na doutrina brasileira não parece ser suficiente para promover a concretização dos princípios e valores constitucionais e, por isso, precisa ser revisitado. É o que será abordado a seguir.

1.3 A função social da empresa no direito brasileiro e a insuficiência de seu conceito tradicional à luz da Constituição Federal de 1988

O princípio da função social da empresa tem origem constitucional, decorrendo dos princípios da solidariedade social e da função social da propriedade previstos na Constituição Federal de 1988.

A função social da empresa não foi, entretanto, prevista de forma expressa no texto constitucional, tampouco no Código Civil⁴⁹ e no Código Comercial. É na legislação infraconstitucional, que trata das sociedades por ações, que há previsão específica de tão importante princípio.

Nesse sentido, o parágrafo único do art. 116 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/1976 – Lei das S/A) prevê que o acionista controlador deve usar o poder de controle para que a empresa realize seu objeto e cumpra sua função social.

Além disso, reconhece expressamente que o acionista controlador tem deveres e responsabilidades não apenas para com os demais acionistas da empresa, mas também com os que nela trabalham e com a comunidade em que atua.

Já o art. 154 da mesma lei prevê que compete ao administrador da sociedade exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem, de acordo com os interesses e os fins da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

Com efeito, percebe-se que a lei não traz o conceito de função social da empresa, restando à doutrina o papel de definir seu significado.

Assim sendo, estabeleceu-se um conceito tradicional da função social da empresa que há muito ecoa na maioria da doutrina pátria.

Segundo esse conceito, desde que com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita,

a empresa cumpre a função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, ao adotar práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeitar os direitos dos consumidores (COELHO, 2012, p. 81).

Embora tal conceito mencione uma contribuição da empresa para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, percebe-se que prepondera um aspecto socioeconômico atrelado à ideia de geração e circulação de riqueza.

⁴⁹ Mesmo não tendo sido prevista expressamente no Código Civil de 2002, a função social da empresa é amplamente reconhecida pela doutrina civilista, como se observa no Enunciado nº 53, da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que assim dispõe: “Deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa”.

É inequívoco que as sociedades empresárias desempenham uma função socialmente relevante, na medida em que geram riqueza, empregos, renda, tributos, contribuindo para o desenvolvimento socioeconômico do país.⁵⁰

Porém, essa é uma das facetas da função social da empresa, que não traduz de forma completa o real significado desse princípio, que apresenta outra dimensão pouco explorada pela nossa doutrina pátria, mas que merece destaque em uma abordagem civil-constitucional do direito civil.

Uma abordagem que se concentra na primazia à proteção da pessoa humana e nos demais princípios constitucionais da solidariedade, igualdade e fraternidade, e que vem sendo cada vez mais enfatizada internacionalmente, seja no mercado de capitais, seja por meio de agentes econômicos relevantes como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico ou Económico (OCDE).

Com efeito, o pagamento de tributos e a geração de empregos, associados à proteção do meio ambiente e ao respeito às regras consumeristas, não podem esgotar o significado da função social da empresa. Nem mesmo quando associados a políticas de responsabilidade social.

Ao contrário, devem ser tidos como desdobramento de uma compreensão maior, que entende que a função social da empresa compreende o desempenho da atividade empresária orientada para a promoção dos princípios e valores constitucionalmente relevantes.

Importante destacar que a geração de empregos e o pagamento de tributos são, na verdade, consequência natural do desempenho da atividade empresária, que pressupõe a organização dos fatores de produção. Logo, não podem ser elementos suficientes para definir a ideia de função social que se atribui às sociedades empresárias.⁵¹

⁵⁰ É com base nessa função socialmente relevante desempenhada pelas sociedades empresárias que a Lei de Recuperação de Empresas e Falência (Lei nº 11.105/2005), em seu art. 47, fundamenta a recuperação judicial, dispondo que tal instituto foi previsto com o objetivo 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”.

⁵¹ Nesse sentido, Bruscato (2016, p. 226) observa que “basta que a empresa esteja ativa para que interesses sociais a ela se agreguem. Valores sociais se adicionam ao exercício da empresa mesmo que não seja a intenção do empresário. São eles: o posto de trabalho, o recolhimento de tributos [...]”, entre outros citados pela autora.

Nas palavras de Magalhães (2008, p. 11), “considerando a função econômica da empresa, como fonte geradora de riquezas, impostos, emprego e lucro, não é certo dizer que só por funcionar a empresa cumpre sua função social.”

Entender que essas medidas traduziriam a ideia de função social da empresa, representaria defender que as sociedades empresárias que buscam automação ou a isenção de tributos não estariam atendendo a sua função social.

Além disso, simplificaria e reduziria a real dimensão e importância do conceito de função social da empresa, que deve traduzir a necessidade de exploração da atividade econômica de forma orientada para a promoção de valores sociais relevantes.⁵²

Para ilustrar a questão, imagine a seguinte hipótese: em determinada região serrana do estado do Rio de Janeiro, uma fonte de água mineral pode ser acessada exclusivamente por dois caminhos – por meio de uma via pública ou de um terreno particular pertencente a uma empresa comercializadora de bebidas.

A fonte de água mineral é utilizada por boa parte dos moradores da região para consumo de suas famílias.

Em razão das fortes chuvas que acometeram a região, o acesso à fonte pela via pública ficou interdito e o fornecimento de água mineral para a região altamente comprometido. O único acesso possível seria pelo terreno da empresa comercializadora de bebidas.

Nesse contexto, a empresa comercializadora de bebidas, ciente de que agora o único acesso à fonte de água mineral seria por seu terreno, decide lucrar com a situação, e passa a cobrar um ingresso no valor de R\$ 20 para quem deseje ter acesso à fonte de água mineral.

⁵² Nesse sentido, Nunes (2014, p. 161) alerta: “No contexto da ordem econômica, forçoso observar que o exercício de qualquer atividade empresarial supera, em muito, a ideia de que a organização empresarial deva ser apenas produtora de lucros, ou deva somente garantir postos de trabalho, ou, ainda, que o exercício da atividade não se desenvolva em prejuízo de outrem ou do meio ambiente. A Constituição foi além e exige que o exercício do direito à propriedade privada empresarial seja realizado em conformidade com os ditames da justiça social.” Também abordando a necessidade de releitura do conceito de função social da empresa, Ferreira e Menezes (2019, p. 38) destacam: “Entende-se que o instituto da função social no contexto da atividade empresarial merece ser revisitado, pois o direito empresarial se coloca em uma nova posição, qual seja, a de instrumento de transformações econômicas e sociais. [...] há a premente necessidade de estudos com escopo de rever concepções tradicionais enraizadas no direito empresarial.” Na mesma linha da incompletude do conceito tradicional da função social da empresa, Lopes (2006, p. 279) aponta que, “além da livre concorrência, a Constituição também adota como princípios que limitam e orientam a atividade da empresa, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego. No entanto, tais princípios obviamente não esgotam os compromissos da empresa e da atividade econômica em geral”.

Considerando esse cenário hipotético, a medida implementada pela empresa comercializadora de bebidas poderia ser compreendida como uma violação da função social da empresa, com base no conceito tradicional vigente hoje?

Suponha que a empresa comercializadora de bebidas invocasse, para defender sua atitude, o princípio da livre iniciativa e alegasse que está respeitando os direitos dos consumidores, já que o preço por ela cobrado para se ter acesso à fonte de água mineral é semelhante ao que cobram as concessionárias que administram parques naturais nacionais.

Nesse contexto, o conceito tradicional da função social da empresa seria suficiente para refutar a atitude da empresa comercializadora de bebidas?

Nessa situação, uma vez identificado que essa empresa distribuidora de bebidas gera empregos, paga regularmente os tributos que incidem sobre sua atividade, respeita o meio ambiente e as práticas consumeristas, a atitude por ela praticada, embora altamente criticável, não poderia ser combatida com base no conceito tradicional da função social da empresa, posto que os requisitos necessários para a observância de tal conceito estariam atendidos.

Esse exemplo hipotético demonstra claramente a necessidade de revisão e ampliação do conceito tradicional da função social da empresa ainda vigente nos dias de hoje, para concebê-lo, com base nos valores, fundamentos e preceitos constitucionais previstos nos arts. 1º, 3º e 170 da Constituição da República, funcionando, assim, como critério legitimador da prática dos atos empresariais.

Em outras palavras, a função social da empresa deve não apenas demandar do empresário o pagamento de tributos, a geração de empregos, a proteção ao meio ambiente e ao consumidor, mas também lhe impor a obrigação de direcionar e condicionar o exercício da atividade empresária ao respeito aos princípios constitucionais e à promoção de valores socialmente relevantes.

Nesse diapasão, as decisões empresariais devem considerar não apenas os interesses individuais dos empresários e acionistas, mas também seus impactos na sociedade, seus reflexos ao bem-estar social.⁵³

O empresário não pode, portanto, a pretexto da perseguição ao lucro, tomar decisões nocivas à coletividade, notadamente as que violem frontalmente os princípios e valores constitucionais, posto que a atuação empresarial nociva aos

⁵³ FERREIRA; MENEZES, 2019, p. 44.

princípios e valores constitucionais retira a legitimidade da exploração da atividade econômica.

Nessa linha, como adverte Perlingieri (2007, p. 228),

o crescimento econômico e o conseqüente bem-estar (*benessere*) quando não preservam a qualidade de vida, ou seja, a “liberdade” e a “dignidade humana” não são progresso e desenvolvimento social e constitucionalmente valoráveis, mas se traduzem, antes ou depois, em um mal-estar para todos.

Mesmo gerando empregos, pagando tributos e respeitando o meio-ambiente e os consumidores, decisões que se revelem oportunistas, em momentos de emergência social, como a situação existente no exemplo narrado, e que violem interesses socialmente relevantes devem ser tidas como atentatórias à função social da empresa.

Nesse sentido, Bruscato (2016, p. 215) afirma que

Se os valores deram feição aos fundamentos ordenadores da formação da República, é amoldando-se a eles que os investimentos devem ser feitos, tanto pela iniciativa privada, quanto pelo Estado. Não há espaço para a aplicação constitucional de conveniência, naquilo que haja de essencial.

A revisão do atual conceito de função social da empresa se revela também importante para fundamentar decisões empresariais que priorizem em determinadas hipóteses os interesses coletivos em detrimento do lucro, excluindo a possibilidade de os administradores serem questionados pelos acionistas sobre a condução dos negócios empresariais.

Isso porque, conforme previsto no já mencionado art. 154 da Lei das S/A, cabe ao administrador exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, e sabe-se que a obtenção do lucro é um dos principais objetivos da empresa. Porém, o mesmo artigo, condiciona esse dever do administrador à função social da empresa.

Assim, ao se conceber a função social da empresa em um sentido mais amplo que o atual, abarcando também o exercício da atividade empresária orientado para a promoção da dignidade da pessoa humana e para os demais valores e princípios constitucionais, está-se reconhecendo que perseguir tais valores e princípios é

também dever dos administradores, legitimando, dessa forma, decisões empresariais que priorizem essas medidas em detrimento do lucro.⁵⁴

O conceito tradicional da função social da empresa não oferece essa proteção aos administradores, não podendo ser invocado para fundamentar decisões empresariais que não estejam orientadas à obtenção de lucro, e sim à concretização de interesses socialmente relevantes.

Ao contrário: doutrinadores clássicos do direito civil-empresarial brasileiro defendem a incompatibilidade do conceito de sociedade empresária, inserida no sistema capitalista, que visa ao lucro, com a ideia de função social da empresa ora exposta.

Nesse sentido, Comparato (1996, p. 44-45) defende que

[...] a ideia de as empresas serem obrigadas, de modo geral, a exercer uma função social *ad extra* no seio da comunidade em que operam, apresenta o vício lógico insanável da contradição. A empresa capitalista – importa reconhecer – não é, em última análise, uma unidade de produção de bens, ou de prestação de serviços, mas sim uma organização produtora de lucros. É esta a chave lógica para a compreensão de sua estrutura e funcionamento. O objetivo da empresa, ou seja, o exercício de uma atividade econômica de produção ou distribuição de bens, ou de prestação de serviços, está sempre subordinada ao objetivo final de apuração e distribuição de lucros. [...] É imperioso reconhecer, por conseguinte, a incongruência em se falar numa função social das empresas. No regime capitalista, o que se espera e exige delas é, apenas, a eficiência lucrativa, admitindo-se que, em busca do lucro, o sistema empresarial como um todo exerça a tarefa necessária de produzir ou distribuir bens e de prestar serviços no espaço de um mercado concorrencial. Mas é uma perigosa ilusão imaginar-se que, no desempenho dessa atividade econômica, o sistema empresarial, livre de todo o controle dos Poderes Públicos, suprirá naturalmente as carências sociais e evitará abusos; em suma, promoverá a justiça social.

Importante destacar que a letra “a” do parágrafo 2º do art. 154 da Lei das S/A veda ao administrador a prática de atos de liberalidade à custa da companhia, o que, sem o amparo do conceito da função social da empresa revisado pela óptica civil-constitucional, poderia impor aos administradores severas penalidades quando tomassem decisões que dessem primazia à concretização de valores e princípios constitucionais, como a dignidade humana, em detrimento do lucro.

⁵⁴ Interessante destacar que a antiga Lei das S/A. (Decreto-Lei nº 2.627, de 1940), previa em seu art. 116, §7º, que os diretores, no exercício de suas funções, deveriam atuar de forma diligente, “tanto no interesse da empresa, como no do bem público”.

Nesse sentido, voltando ao exemplo anterior, imagine que a empresa distribuidora de bebidas, em vez de decidir se aproveitar da situação de calamidade explorando-a comercialmente, reconhecesse que tem um importante papel a desempenhar naquela situação vivida pela comunidade e optasse por (i) pavimentar e melhorar o acesso à fonte de água mineral, (ii) fornecer gratuitamente à comunidade garrafas plásticas para que cada pessoa pudesse abastecê-las na fonte e, (iii) atendendo aos apelos das autoridades públicas, decidisse reduzir temporariamente seu lucro, enquanto o acesso à fonte de água mineral permanecesse interditado, diminuindo o preço da garrafa de água mineral em 15%.

Na hipótese descrita, poderiam os acionistas da empresa distribuidora de bebidas questionar tal decisão, buscando a responsabilização dos administradores que não priorizaram o lucro naquele momento?

Caso não se compreenda que o dever de solidariedade e de promoção dos valores socialmente relevantes estão contidos na ideia de função social da empresa, a resposta seria sim, os acionistas poderiam buscar a responsabilização dos administradores nesse caso.

É preciso, portanto, que a função social da empresa seja reconhecida como uma forma de adaptar a visão individualista do empresário às exigências solidárias e de interesse público exigidas constitucionalmente para o exercício da livre iniciativa.⁵⁵

E essas obrigações não podem se resumir à geração de empregos, pagamento de tributos, respeito ao meio ambiente e consumidores. Devem alcançar o principal objetivo de nosso ordenamento jurídico, que é a tutela da dignidade humana, exigindo, assim, das sociedades empresárias a observância dos princípios constitucionais que visam a dar concretude a tal preceito e coibindo práticas que o violem.

A função social da empresa deve ser, destarte, concebida não como uma forma de anular a livre iniciativa e os direitos dos empresários, e sim como um

⁵⁵ ASSIS, Francisco de; MARIGHETTO, Andreas. A função social da empresa, do empresário e das relações empresariais. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-26/opiniaofuncao-social-empresa-empresario-relacoes-empresariais>. Acesso em: 29 set. 2021.

princípio que se propõe a conciliar os interesses legítimos destes com os interesses da sociedade.⁵⁶

A sociedade vivenciou durante a pandemia da covid-19 diversos exemplos de abusos cometidos por sociedades empresárias. Empresas que aumentavam sobremaneira o preço de itens essenciais ao combate da pandemia, como álcool em gel, máscaras, luvas cirúrgicas, entre outros.

Essas condutas não podem passar incólumes pelas lentes do direito civil.

Seria razoável entender que essas sociedades empresárias que atuaram de forma oportunista e egoísta quando a sociedade convivia com um luto em massa estariam observando o princípio da função social da empresa?

Caso essas sociedades empresárias estivessem em dia com o pagamento dos tributos, normas ambientais e consumeristas, utilizando o conceito tradicional de função social da empresa, inevitavelmente teríamos que concluir que sim.

No livro intitulado “Justiça: o que é fazer a coisa certa”, Michael J. Sandel relata os abusos a que foi submetida a população da Flórida, nos EUA, quando em 2004 o estado foi fortemente atingido pelo furacão Charley.

Segundo o autor, sacos de gelo que custavam 2 dólares, passaram a ser vendidos por 10 dólares. Prestadores de serviços cobravam 23 mil dólares para tirar 2 árvores de um telhado. As lojas que costumavam cobrar 250 dólares por pequenos geradores domésticos, passaram a cobrar 2.000 dólares. Por uma noite em um quarto de motel, que normalmente custaria 40 dólares, um estabelecimento cobrou 160 dólares de um casal de idosos que fugia do furacão com a filha deficiente.⁵⁷

Em 2016, a Procuradoria-Geral da Flórida recebeu mais de 2.700 denúncias de aumento abusivo de preços de produtos e serviços indispensáveis à sobrevivência da população, nos dias que antecederam e sucederam a passagem do Furacão Matthew pelo estado.⁵⁸

Tal prática ficou conhecida como *price gouging*, que pode ser traduzida como a manipulação de preços em situações de calamidade.

⁵⁶ Nesse sentido, Frazão (2011, p. 199-200) esclarece que a função social não tem “a finalidade de aniquilar as liberdades e os direitos dos empresários nem de tornar a empresa um simples meio para os fins sociais. Afinal, os direitos e liberdades têm uma função social, mas não se reduzem a ela. O objetivo da função social é, sem desconsiderar a autonomia privada, reinserir a solidariedade social na atividade econômica”.

⁵⁷ SANDEL, 2012, p. 11.

⁵⁸ MELO, 2016, p. 1.

Dos 50 estados que compõem os Estados Unidos, 38 (incluindo a Flórida) têm leis que proíbem o *price gouging*, enquanto os demais o tratam como um problema moral.⁵⁹

Conduas como as descritas não deveriam ser consideradas como atentatórias ao princípio da função social da empresa? Em uma concepção civil-constitucional do direito civil, a resposta só pode ser afirmativa.

Não obstante, mesmo diante de todos os elementos que revelam a importância de se promover uma releitura civil-constitucional da função social da empresa, ampliando o seu conceito, o Projeto de Lei do Novo Código Comercial (PL nº 1.572/2011, da Câmara dos Deputados) propõe a manutenção do conceito tradicional de função social da empresa.

Nesse sentido, o art. 7º do PL nº 1.572/2011 prevê que

A empresa cumpre sua função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, ao adotar práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeitar os direitos dos consumidores, desde que com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita.

Com efeito, embora o Projeto de Lei do Novo Código Comercial avance ao reconhecer expressamente a função social da empresa como princípio informador do Novo Código Comercial (art. 4º), carrega em si uma compreensão ultrapassada da função social da empresa.

Revela-se, assim, fundamental uma releitura urgente da função social da empresa sob a óptica civil-constitucional, de forma que se reflita na doutrina, jurisprudência e na legislação um conceito funcionalizado pelos princípios e valores constitucionais. É essa a concepção que será explorada a seguir.

⁵⁹ MELO, 2016, p. 1.

CAPÍTULO II – A NECESSIDADE DE RELEITURA DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA SOB A ÓPTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL

2.1 A função social da empresa sob a óptica civil-constitucional

O Direito Civil acompanha a evolução da sociedade se adequando e se transformando para oferecer aos operadores do direito ferramentas que propiciem respostas às necessidades sociais.

Com efeito, diante dos impactos causados pela Revolução Industrial e após o fim das duas grandes guerras mundiais, sobretudo diante das atrocidades cometidas pelos regimes fascistas e nazistas, ficou evidente a necessidade de proteção da pessoa humana em todas as suas dimensões e acima de qualquer outro bem jurídico.⁶⁰

Seguindo essa pauta, a Constituição Federal de 1988 introduziu uma série de valores e princípios com o objetivo de implementar uma sociedade livre, justa e solidária, e erigiu a dignidade humana como vértice axiológico do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse contexto, a partir de uma abordagem civil-constitucional do direito civil, todo e qualquer instituto jurídico deve estar orientado para a realização dos princípios e valores constitucionais, sobretudo a dignidade humana.

Aquela concepção de outrora das relações privadas focadas unicamente nos aspectos patrimoniais e nos interesses individuais, compreendidas como um espaço imune aos princípios constitucionais, não mais subsistia.

Como visto, a partir da ideia de solidariedade social e da funcionalização dos institutos jurídicos, as relações privadas passaram a ser compreendidas não mais como um campo estritamente particular, voltado à realização exclusiva dos interesses individuais, no qual a vontade das partes não encontrava grandes limitações.

⁶⁰ Na canção de Baía: “Talvez por dinheiro um dia até explodiriam o mundo inteiro e eu queria ser teu travesseiro quando se vês apenas como mais um a chorar. Sempre em busca do prazer do ouro quem te interfere perde o couro mas te esqueces, teu tesouro é teu coração e todo mal que o consome. Bicho mau, bicho mau, bicho homem. [...] Tornando escassa nossa fauna e flora e tudo o mais que tu exploras, como uma cobra que devora o próprio rabo estás em busca do teu fim. Eu digo tudo isso por mim. Pressinto um futuro em que não haverá nem sombra de lembranças do teu nome. Bicho mau, bicho mau, bicho homem.” (Baía. Bicho homem. Som Livre: 2010).

Com efeito, as relações privadas continuaram a ser percebidas como um espaço de autonomia e liberdade extremamente importante de ser garantido aos particulares. Porém, reconheceu-se que esse espaço privado, por estar inserido em um contexto maior, que abrange toda a sociedade, deve ser conciliado com o seu entorno, harmonizando-se com os interesses coletivos.

Além disso, a propriedade, antes tida como bem maior que merecia a mais cautelosa proteção do ordenamento jurídico, deu lugar à pessoa humana.

E é nesse contexto que deve ser compreendido o desempenho da atividade empresária.

Nas palavras de De Pietro,⁶¹

A atividade empresarial não pode estar dissociada da realidade social e deverá ser exercida em consonância com os interesses sociais e informada pelos princípios constitucionais, a partir de ajustes às distorções de uma vontade que não mais corresponde à visão tradicional dos ideais de uma sociedade individualista e liberal.

Sob essa perspectiva, o desempenho da atividade empresária, para que seja reconhecido como legítimo, deve atender à sua função social. E é a compreensão sobre em que consiste essa função social da empresa que merece ser repensada e incrementada, a partir das lições da doutrina civil-constitucional.

Nesse sentido, conforme abordado no capítulo anterior, o conceito de função social da empresa hoje predominante na doutrina brasileira precisa ser revisto e ampliado, posto que está primordialmente atrelado somente à geração de empregos, ao pagamento de tributos e ao respeito das normas consumeristas e ambientais.

Percebe-se uma compreensão da função social da empresa vinculada a sua contribuição socioeconômica para com a sociedade, a partir da criação de empregos e da circulação de riquezas. No mais, a contribuição da empresa com o desenvolvimento social ficaria inserida no campo da responsabilidade social.

Não se ignora esse importante papel desempenhado pelas sociedades empresárias no desenvolvimento socioeconômico das comunidades em que atuam. Trata-se, sem dúvida, de uma função socialmente relevante.

O exercício da atividade empresária é essencial para o desenvolvimento das economias capitalistas contemporâneas, representando relevante contribuição para

⁶¹ DE PIETRO, Josilene H. O. A Dimensão Constitucional da Atividade Empresarial. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5f8b73c0d4b1bf60>. Acesso em: 16 set. 2021, p.2.

o desenvolvimento social, na medida em que gera recursos financeiros necessários ao Estado para garantir uma série de direitos fundamentais ao cidadão.

Além disso, o Estado, sozinho, não é capaz (nem deve se prestar a esse papel) de fornecer todos os bens e os serviços dos quais a sociedade precisa.

Por isso, a atividade empresária deve ser incentivada e preservada.

Porém, a função social das sociedades empresárias não se esgota na criação de empregos, no pagamento de tributos e no respeito às normas consumeristas e ambientais.

A função social da empresa não pode ser considerada completa tão somente com o cumprimento dessas obrigações. Nem mesmo quando associadas a medidas de responsabilidade social que representem contribuições da empresa para questões sociais relevantes.

Na verdade, a função social de uma empresa está atrelada a uma ideia maior, mais abrangente, que consiste na condução da atividade empresária orientada para a promoção dos princípios e valores constitucionais.

Compreendendo-se a função social da empresa a partir da ideia exposta, tem-se que além de gerar empregos, pagar tributos, respeitar as leis ambientais e consumeristas, para que a função social de uma empresa se considere cumprida, a atividade empresária deve ser conduzida de forma a atender aos demais interesses socialmente relevantes.

Isso significa que no exercício do controle e da gestão empresarial os interesses coletivos devem ser considerados juntamente com os interesses privados, em verdadeiro exercício de harmonização.

A função social da empresa implica, nesse sentido, uma ampliação da eficácia subjetiva dos deveres fiduciários dos administradores, passando a abranger, além dos interesses do empresário, os interesses da coletividade.

Em outras palavras, a empresa não deve mais ser dirigida com o objetivo de atender apenas ao projeto individual do empresário, e sim para promover também o interesse de toda a coletividade.

Com efeito, o que se propõe, a partir de uma perspectiva funcional e à luz da metodologia civil-constitucional, é que a liberdade econômica e a autonomia privada sejam exercidas de forma a perseguir não apenas os interesses dos

empresários, seus sócios ou investidores, mas também de toda a sociedade na qual aquela sociedade empresária está inserida.⁶²

O desempenho da atividade empresária deve, assim, atender simultaneamente aos interesses empresariais e coletivos.⁶³

Dessa forma, a perseguição ao lucro deve estar associada à promoção da dignidade humana e aos demais princípios e valores constitucionais.⁶⁴

Trata-se de compressão que reflete o reconhecimento da intersubjetividade dos direitos, ou seja, o exercício de um direito subjetivo só será digno de tutela pelo ordenamento jurídico se destinado a promover os interesses particulares em harmonia com os interesses coletivos.⁶⁵

Nesse contexto, os interesses individuais do empresário só serão reconhecidos como legítimos se o desempenho da atividade empresária estiver orientado (também) para a promoção dos princípios e valores socialmente relevantes.⁶⁶

⁶² Nas palavras de Timm (2008, p. 60), “Dessa forma, busca-se, através de normas jurídicas, estimular formas obrigatórias de cooperação, de solidariedade entre a comunidade, fundamentalmente para viabilizar a convivência, a paz social, dirimir conflitos latentes. Criam-se, portanto, mecanismos de distribuição dos benefícios sociais da vida comum. O Direito Social quer gerar justiça, permitindo a acumulação capitalista, mas evitando alguns impactos negativos, que colocariam em risco a coesão social”.

⁶³ Essa compreensão de que o desempenho da atividade empresária deve ser exercido considerando os múltiplos interesses envolvidos já foi objeto de grandes debates ao longo dos tempos entre as correntes contratualista e institucionalista do interesse da sociedade empresária. Para a concepção contratualista, o interesse da empresa se confundiria com o interesse de seus sócios ou acionistas, enquanto para a doutrina institucionalista o interesse da sociedade empresária abarcaria não apenas os anseios de seus sócios ou acionistas, como também os interesses de seus funcionários, consumidores, Estado e da própria comunidade em que atua. Sobre o tema, ver: FRAZÃO, 2017, p. 10-11.

⁶⁴ Nesse sentido, Requião (2003, p. 76) ensina que “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”.

⁶⁵ Nessa linha, Frazão (2009, p. 23) aponta que “a propriedade e a livre iniciativa empresarial recebem a total proteção constitucional enquanto manifestações da autonomia do proprietário, do empresário, do controlador ou do administrador. Deixam de merecer o amparo constitucional quando estes desconhecem os limites e deveres que decorrem da intersubjetividade inerente à autonomia e à responsabilidade, transformando o seu direito em instrumento de afirmação exclusiva do egoísmo e da ganância.”

⁶⁶ O ordenamento jurídico brasileiro, por muito tempo, preocupou-se apenas em garantir os direitos do empresário para a exploração da atividade econômica, sem condicioná-los à observância dos valores sociais. Abordando esse cenário, Bruscatto (2016, p. 219) aponta que “O papel do direito de empresa perante os empresários, historicamente, tem sido assegurar que os elementos com os quais o empresário conta para ter lucro estejam protegidos. Mas, o direito de empresa – como qualquer outro ramo do direito – tem, na atualidade, um papel social, mais amplo, que a ele se impõe, que se traduz no compromisso perante a sociedade como um todo de, ao garantir proteção e segurança para

Importa destacar que quando um empresário decide exercer a empresa o Estado é instado a desempenhar diversas atividades necessárias para o funcionamento daquela sociedade empresária. E o faz justamente por reconhecer os benefícios que a exploração daquela atividade gera para a sociedade.

O Estado precisa, por exemplo, fiscalizar as condições sanitárias, laborais, oferecer proteção ao nome, à marca, patentes, investir em infraestrutura, entre outros aspectos que demandam a atuação do Estado a partir da exploração da atividade econômica.

Além disso, a exploração da atividade econômica pode implicar externalidades para a coletividade, como a poluição do ar, o esgotamento de fontes de matéria-prima, gerando custos sociais que precisam se compensar com os benefícios que a mesma atividade econômica propicia para a sociedade (COELHO, 2011, p. 46-47).

Diante desse cenário, o ordenamento jurídico não pode admitir que, entre todas as formas de obtenção de lucro, o empresário opte justamente por aquela que apenas o beneficia, excluindo toda a vantagem que a sociedade teria a partir da exploração regular da atividade empresária.⁶⁷

Assim, é pressuposto para se considerar legítimos os interesses particulares perseguidos pelo empresário que a atividade econômica por ele explorada seja desempenhada em consonância com os princípios e valores insculpidos na Constituição, e que proporcione para a sociedade os benefícios e o retorno que justificam o aparato estatal necessário para o seu funcionamento.⁶⁸

Nessa toada, decisões empresariais que tenham como objetivo atender aos interesses dos sócios, mas que acarretem consequências nocivas para a sociedade, não amparadas pelo nosso ordenamento jurídico, devem ser tidas como violadoras da função social da empresa.

o exercício da empresa, fazê-lo de modo a não desconsiderar as grandes demandas sociais que se baseiam nos valores humanos”.

⁶⁷ PEREZ, 2008. p. 201.

⁶⁸ Nas lições de Tepedino (2008, p. 401), “os legítimos interesses individuais dos titulares da atividade econômica só merecerão tutela na medida em que interesses socialmente relevantes, posto que alheios à esfera individual, venham a ser igualmente tutelados. A proteção dos interesses privados justifica-se não apenas como expressão da liberdade individual, mas em virtude da função que desempenha para a promoção de posições jurídicas externas [...]. Vincula-se, assim, a proteção dos interesses privados ao atendimento de interesses sociais, a serem promovidos no âmbito da atividade econômica (socialização dos direitos subjetivos)”.

Caso contrário, apenas os empresários perceberiam as vantagens decorrentes da exploração daquela atividade econômica, enquanto a sociedade suportaria as desvantagens, retrocedendo-se, assim, para a visão oitocentista dos institutos jurídicos, que buscava tão somente a proteção dos interesses individuais.⁶⁹

Assim, uma concepção mais moderna e funcionalizada da função social da empresa propõe a vinculação do exercício da empresa à concretização de uma sociedade livre, justa e solidária, do que decorre um complexo de deveres e obrigações impostas aos controladores e administradores, perante os empregados, fornecedores, consumidores, meio ambiente, Estado e toda a comunidade que com ela interage.⁷⁰

Com isso, o que se pretende não é impor nem transferir para as sociedades empresárias deveres e responsabilidades próprios da administração pública, tampouco exigir que atuem orientadas para a filantropia – uma vez que o exercício da atividade empresária tem como premissa a obtenção do lucro. E uma leitura civil-constitucional do conceito de função social da empresa não se distancia dessa ideia.

Não se defende, portanto, que a empresa seja obrigada a abandonar a busca do lucro para concretizar condutas assistencialistas ou realizar políticas públicas, em substituição ao Estado.⁷¹

A função social da empresa, sob a óptica civil-constitucional, não é incompatível ou antagônica à perseguição do lucro, ao pleno desenvolvimento da liberdade econômica e da autonomia privada.⁷²

⁶⁹ BRUSCATO, 2016, p. 225.

⁷⁰ Sobre a importância da compatibilização dos interesses empresariais com os anseios de todos os *stakeholders* que com a sociedade empresária se relacionam, Rodrigues e Régis (2020, p. 362) apontam: “Sem dúvida, entre as situações jurídicas patrimoniais, a realização da atividade empresária é das mais dinâmicas, com enorme capacidade de repercutir, em aspecto promocional, na tutela de interesses sociais relevantes [...]. É indispensável, portanto, a compatibilização de todos esses interesses. O papel de fonte de equalização entre os fatores internos e externos deve caber ao princípio da função social da empresa”.

⁷¹ Conforme esclarece Frazão (2009, p. 20), “[...] a livre iniciativa e a função social são aspectos complementares e justificativos da atividade empresarial, motivo pelo qual a função social da empresa jamais pode chegar ao ponto de publicizar essa última. Os interesses privados dos empresários precisam ser igualmente reconhecidos, até porque é o lucro o principal estímulo ao investimento e ao empreendimento na atividade econômica”.

⁷² Sobre o tema, Perez (2008, p. 209) aduz: “Em primeiro lugar, é preciso esclarecer que o princípio da função social da empresa não se mostra incompatível com a perseguição do lucro através do exercício da empresa. Certamente não se pode olvidar que o legislador constituinte originário optou pela adoção do regime capitalista, o qual funda-se na livre iniciativa, e não apenas aceita, mas incentiva a persecução do lucro nas atividades econômicas. Mais do que isso, é preciso reconhecer que o lucro nada tem de ilícito e desempenha, ele mesmo, sua própria função social, promovendo o crescimento econômico [...]”.

Ao contrário, reconhece-se a importância do lucro para fomentar os interesses privados e a livre iniciativa, de forma a promover a distribuição da riqueza entre os empreendedores, seus funcionários, Estado e a sociedade.⁷³

O que se pretende evitar é a busca inconsequente dos lucros, desvinculada de condutas compatíveis com os princípios e valores constitucionais.

Nesse sentido, não pode o lucro ser obtido desconsiderando-se valores importantes para a sociedade. Sociedade essa que justamente permite e proporciona o auferimento dessa riqueza.⁷⁴

Seria, no mínimo, contraditório admitir que o lucro seja obtido a partir de condutas lesivas à sociedade que o fomenta e promove a sua geração.

Nas palavras de Lamy Filho (1992, p.58), “o dever social da empresa traduz-se na obrigação que lhe assiste, de pôr-se em consonância com os interesses da sociedade a que serve, e da qual se serve”.

A função social da empresa deve, assim, ser compreendida não como proibitiva da perseguição do lucro, objetivo legítimo do empresário, que também goza de proteção constitucional na vertente da livre iniciativa, mas sim como condicionadora e orientadora do exercício desse direito.⁷⁵

O que a função social da empresa exige é que a “a atividade empresarial, não obstante seu fim precípua que é o lucro, seja equacionada com o interesse da sociedade, a partir de deveres positivos e negativos” (FERREIRA, 2019, p. 37).

⁷³ Nessa linha, Campos (2020, p. 144) adverte: “Quando a empresa é explorada de forma a exercer sua função social, a riqueza produzida é otimizada e distribuída, não somente entre os empreendedores, mas também entre os membros da coletividade, seja através dos empregos ou dos tributos gerados.[...] O exercício da empresa por particulares é, logo, indispensável ao alcance dos objetivos da República Federativa do Brasil. O lucro, nesse sentido, não pode ser objeto de rejeição, vez que agrega interesses dos empresários, dos que aportam capital na exploração da empresa, dos trabalhadores, dos consumidores e do Estado. O aumento de produtividade, ao gerar benefícios também para a coletividade, deve ser visto como fator que contribui para a diminuição das desigualdades sociais.” Na mesma linha, Bruscato (2016, p. 219) afirma: “Se a expectativa do lucro for retirada da empresa, ela perde seu sentido, não havendo razão para a sua manutenção. Considerando que o exercício da atividade empresarial redunde em agregados sociais (postos de trabalho, receita fiscal, avanço tecnológico, desenvolvimento e facilitação de acesso a bens e serviços), é socialmente importante manter a perspectiva do lucro para a empresa”.

⁷⁴ Nas palavras de Bruscato (2016, p. 220), “O interesse empresarial continua a ser o lucro, é claro. Por essência. A empresa existe para dar lucro. Porém, a forma como o lucro é buscado não pode desconsiderar valores importantes para a sociedade que sustenta esse ganho”.

⁷⁵ A função social da empresa deve, assim, passar a compreender a necessidade de “coexistência pacífica entre ambas as diretrizes empresariais: o lucro unido/instruído pela valorização da pessoa humana, trabalho e justiça social” (CUÉLLAR, 2004, p. 71).

Nessa perspectiva, a função social da empresa impõe uma série de obrigações positivas e negativas, que condicionam e legitimam o exercício da livre iniciativa empresarial.

Dessa forma, o desempenho da atividade empresária deve ser responsável, solidário e conciliador dos múltiplos interesses envolvidos.

A ideia é “assegurar que o projeto do empresário seja compatível com o igual direito de todos os membros da sociedade de também realizarem seus respectivos projetos de vida” (FRAZÃO, 2011, p. 193).

Assim, além do conceito tradicional hoje existente da função social da empresa, primordialmente atrelado à ideia de geração de empregos e circulação de riquezas, também decorre desse princípio a necessidade de condução da atividade empresária em observância aos preceitos constitucionais.

Isto é, o exercício da empresa em estrita observância aos princípios e valores constitucionais insculpidos na carta constitucional e buscando promover os interesses sociais.

E para que se possa melhor compreender o que representa na prática o exercício da atividade empresária orientada para a promoção dos princípios e valores constitucionais, e em que consistem esses deveres positivos e negativos que dela decorrem, propõe-se uma análise da função social da empresa em três perspectivas: socioeconômica, condicionadora e promocional.

É o que será abordado a seguir.

2.1.1 A função social da empresa em perspectiva: socioeconômica, condicionadora e promocional

Para que se possa melhor compreender os deveres positivos e negativos que decorrem da função social da empresa, sugere-se a compreensão desse importante princípio a partir de três perspectivas: (i) uma de base socioeconômica, no sentido de se reconhecer a importância da empresa para o desenvolvimento econômico-social, a partir da geração de empregos, renda, pagamento de tributos e circulação de riquezas; (ii) outra de base condicionadora, como fator de legitimação do lucro

empresarial; e (iii) uma terceira de base promocional, visando à justiça social e à realização dos interesses coletivos.⁷⁶

A primeira dimensão – socioeconômica – é amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência pátrias⁷⁷. Já as duas outras dimensões - condicionadora e promocional – se revelam mais controvertidas, sofrendo bastante resistência pela maior parte da doutrina brasileira, e sendo exploradas pela jurisprudência nacional de forma ainda bastante embrionária.

Passemos a analisá-las.

a) A função social da empresa e sua perspectiva socioeconômica

A função social da empresa sob a perspectiva socioeconômica está relacionada ao papel relevante que a atividade empresária desempenha no desenvolvimento socioeconômico da sociedade na qual está inserida.

Sob essa perspectiva, a atividade empresária exerce papel fundamental no desenvolvimento das economias capitalistas.

Isso porque, ao gerar empregos e disponibilizar ao mercado bens e serviço, promove a circulação de riquezas.

⁷⁶ Quanto às duas primeiras perspectivas da função social da empresa, perspectiva socioeconômica e condicionadora, optou-se por seguir o raciocínio proposto por Perez (2008, p. 206), acompanhado por Rodrigues e Régis (2020 p. 363-366).

⁷⁷ Na jurisprudência brasileira, a maioria dos julgados aplica o princípio da função social da empresa no viés de sua preservação, em virtude de seu relevante papel no desenvolvimento da economia nacional. Como exemplo, cita-se: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RESCISÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO C/C COBRANÇA DE MULTA C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONTRATO PARTICULAR DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA MERCANTIL COM COMODATO DE EQUIPAMENTOS E OUTROS PACTOS. ALEGAÇÃO AUTORAL DE DESCUMPRIMENTO DA CLÁUSULA QUE IMPEDE A TROCA DO CADASTRO DO POSTO DE GASOLINA, NA ANP, PARA “BANDEIRA BRANCA”. DECISÃO DE INDEFERIMENTO DA TUTELA DE URGÊNCIA. RECURSO DA DEMANDANTE. [...] 5. Ainda que a agravante, em cognição sumária, tenha colacionado a alteração do cadastro do 1º agravado para “bandeira branca” na ANP e que o fato se consubstancie em descumprimento contratual, não se verifica o perigo de dano. 6. Perigo de dano não caracterizado em cognição sumária, na medida em que não há comprovação de que o 1º agravado adquire produtos sem certificado de procedência, causando mácula à marca da agravante, bem como de prejuízos concretos sofridos pela privação do uso dos equipamentos em comodato. 7. Fotografia colacionada aos autos pela agravante que não se revela nítida quanto à manutenção da utilização do nome de sua marca, a induzir os consumidores a erro. 8. Irreversibilidade da medida, vez que a agravante pretende a devolução dos equipamentos e a descaracterização do posto de gasolina, o que, ainda que temporariamente, atinge a atividade econômica do 1º agravado, *protegida pelo princípio da função social da empresa, por ser geradora de empregos, tributos e riquezas.*” (Agravado de Instrumento 0006272-39.2022.8.19.0000. Des(A). Marianna Fux – Julgamento: 07/04/2022 – Vigésima Quinta Câmara Cível, grifos da autora).

Além disso, os recursos gerados pela sociedade empresária e repassados ao Estado, por meio do pagamento de tributos, por exemplo, são revertidos para a população, sendo essenciais para o atendimento de diversos interesses coletivos.⁷⁸

Essa vertente da função social da empresa é a que se confunde hoje com o seu conceito tradicional, e está diretamente relacionada com o princípio da preservação da empresa.

É inegável, portanto, a importância que as empresas representam para o desenvolvimento da sociedade contemporânea e para a concretização dos princípios e valores constitucionais.⁷⁹

Nesse sentido, justamente em razão desse relevante e fundamental papel que as empresas exercem no desenvolvimento das economias modernas, elas devem ser preservadas.⁸⁰

⁷⁸ Nas palavras de Campos (2020, p. 139-140), “Na medida em que se desenvolvem atividades econômicas empresárias, postos de trabalhos, tributos e riquezas são gerados. Ressalte-se que os tributos gerados pela empresa são indispensáveis ao Estado na consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil, vez que são fonte de custeio do aparato institucional. Os recursos patrimoniais gerados pela empresa, assim, são necessários à consecução de outros valores e direitos que a Constituição pretende ver realizados”.

⁷⁹ Sobre a importância da empresa na sociedade contemporânea, Lamy Filho (1992, p. 58) destaca “[...] a empresa, pela sua importância econômica (unidade de produção da economia moderna) e significado humano (quadro de encontro dos homens para a ação em comum que lhes assegura sua existência), ascendeu a um significado político e social. [...] Com efeito, cada empresa representa um universo, integrado pelos recursos financeiros de que dispõe e pelo número de pessoas que mobiliza a seu serviço direto. O círculo de dependentes das decisões empresariais não se esgota aí, no entanto. Assim, no campo econômico-financeiro a atividade traz repercussões aos fornecedores dos insumos, às empresas concorrentes ou complementares, aos consumidores que se habituaram aos seus produtos, aos investidores que se associaram à empresa, e aos mercados em geral; no setor humano, a empresa, como se disse, é campo de promoção e realização individual, cuja ação (de propiciar emprego, demitir, promover, remover, estimular e punir) ultrapassa a pessoa diretamente atingida para projetar-se nos campos familiar e social”.

⁸⁰ A preocupação com a preservação da empresa é tamanha, nessa perspectiva socioeconômica, que na Apelação Cível 0003433-15.2007.8.19.0017, julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, foi utilizada como argumento para reduzir o valor da condenação por danos extrapatrimoniais de empresa de ônibus cujo veículo atropelou e amputou a parte inferior de uma das pernas de uma adolescente de 16 anos: “APELAÇÃO CIVEL. INDENIZAÇÃO. ATROPELAMENTO. ADOLESCENTE CICLISTA ATROPELADA E TEVE SEU PÉ AMPUTADO NA HORA POR ÔNIBUS DA EMPRESA RÉ. DISCUSSÃO A RESPEITO DA DINÂMICA DO DESASTRE. SENTENÇA LASTREADA EM PROVA TESTEMUNHAL, CONDENANDO A RÉ AO PAGAMENTO DE R\$200.000,00 (DUZENTOS MIL REAIS). RECURSO DA RÉ AFIRMANDO QUE NÃO FORAM CONSIDERADAS O TESTEMUNHO DE UM DE SEUS EMPREGADOS E QUE OS DOCUMENTOS DE FLS.100 E 102 SERIAM CAPAZES DE INFIRMAR A FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA. ALTERNATIVAMENTE, PUGNA PELA REDUÇÃO DO VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE DANO EXTRAPATRIMONIAL. PROVIMENTO PARCIAL. O PEDIDO DO RECORRENTE ESTÁ ALICERÇADO EM PROVA TESTEMUNHAL INCONGRUENTE, O QUE AFASTA SUA VALIDADE COMO PROVA. NA LIÇÃO DO MESTRE NICOLA FLAMARINO DEI MALATESTA, É PRECISO VERIFICAR A NATUREZA DO TESTEMUNHO (SE VEROSSÍMIL E NÃO CONTRADITÓRIO), ASSIM COMO A NATUREZA DA TESTEMUNHA (PROBA E DESINTERESSADA), EXTRAINDO-

Tal abordagem encontra-se prevista no art. 47 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência (Lei nº 11.105/2005) e é frequentemente utilizada como fundamento nas decisões proferidas nos processos de recuperação judicial.

Há, portanto, um interesse coletivo na preservação da empresa e no incentivo à livre iniciativa, na medida em que essa “unidade organizada de produção é fonte geradora de empregos, tributos e da produção ou mediação de bens e serviços para o mercado, sendo, assim, propulsora do desenvolvimento” (CAMPINHO, 2000, p. 111).

Por isso, o ordenamento jurídico e o Estado têm o papel de estimular o empreendedorismo e garantir condições para o adequado desempenho da atividade empresária.

Nas palavras de Campos (2020, p. 140), “o Estado deve propiciar, especialmente por meio do direito, um ambiente de estímulo ao empreendedorismo e, por conseguinte, de desenvolvimento econômico e social do país.”

Mas, como já mencionado alhures, se por um lado se reconhece que o Estado e o ordenamento jurídico devem promover condições adequadas para o fomento e o desempenho da atividade empresária, por outro também se conclui que os deveres do empresário não se esgotam na criação de empregos e circulação de riquezas, que são, inclusive, consequências naturais da exploração de uma atividade econômica organizada.

Assim, outras obrigações são impostas aos empresários como decorrência do princípio da função social da empresa, a partir das perspectivas condicionadora e promocional, que serão abordadas a seguir.

SE DAÍ QUE, CASO EXISTA RELAÇÃO ENTRE AFIRMANTE E AFIRMAÇÃO, ELA SERÁ UMA RELAÇÃO DE VERACIDADE. À VISTA DESTES ESCÓLIO, ESCLARECEU A JULGADORA QUE A TESTEMUNHA CLÁUDIO DEMBERG MUZI É FUNCIONÁRIO DA EMPRESA APELANTE, ENTÃO A PROIBIDADE E O DESINTERESSE MOSTRAM-SE VULNERADOS, NÃO SE PODENDO EXTRAIR ENTRE O AFIRMANTE E A AFIRMAÇÃO UMA RELAÇÃO DE VERACIDADE, [...] No que concerne ao valor do dano extrapatrimonial, neste ponto sim merece reparo o recurso. Todavia, o valor arbitrado atualizado ultrapassaria o critério punitivo-pedagógico da medida, acabando por ser irrazoável, não se podendo perder de vista a função social da empresa, posto que o valor alcançado atinge monta que poderia inviabilizar até mesmo o funcionamento da apelante. Com efeito, não se está aqui a desconsiderar todo o sofrimento pelo qual a autora passa diariamente em sua vaidade, razão por que o valor que melhor atende aos anseios das partes, sem desconsiderar a função social da empresa, os princípios da equidade e da razoabilidade é de R\$100.000,00 (cem mil reais) atualizados com juros e correção monetária. Preliminar rejeitada. Recurso parcialmente provido.” (Rio de Janeiro. TJRJ. Apelação Cível 0003433-15.2007.8.19.0017. Des(a). LÚCIO DURANTE – Julgamento: 28/08/2018 – DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL).

b) A função social da empresa e sua perspectiva condicionadora

A perspectiva condicionadora da função social da empresa traduz a importância de se considerar a observância dos princípios e valores constitucionais como critérios legitimadores do lucro empresarial.

Em outras palavras, a função social da empresa, na sua vertente condicionadora, impõe que a atividade empresária seja desempenhada em estrita observância aos preceitos constitucionais, respeitando e observando os princípios e valores da Carta Maior.⁸¹

Destarte, a função social da empresa nessa perspectiva proíbe o exercício de direitos subjetivos e liberdades que, por mais que estejam em aparente conformidade com o ordenamento jurídico, se revelem, na verdade, contrários aos princípios e valores constitucionais. Está, dessa forma, intimamente relacionada à cláusula geral de vedação ao abuso de direito.

Com efeito, a livre iniciativa, enquanto princípio constitucional, deve ser protegida e fomentada, mas precisa ser exercida em estrita observância aos demais princípios e valores constitucionais.

O ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que reconhece o valor da livre iniciativa, “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 JÚNIOR, 2004, p. 34).

Nesse sentido, o art. 170 da Constituição Federal de 1988, ao assegurar a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, deixa claro que a ordem

⁸¹ Nas palavras de Rodrigues e Régis (2020, p. 369-370), “[...] para que a autonomia privada, retratada no exercício da empresa, possa lograr merecimento de tutela, galgando a legitimação do ordenamento jurídico brasileiro, o lucro deve representar, enquanto expressão estrutural máxima do exercício da atividade, não um fim em si mesmo, uma concepção estática e vazia, mas uma consequência salutar do valor social da livre iniciativa, que deve se basear, necessariamente, em um exercício dinâmico-axiológico de sua função social.” [...] A aplicabilidade da função social em sua perspectiva condicionadora, então, não parece ser um impedimento à distribuição de lucros. Ao revés, o lucro e a autonomia privada apenas passarão por um procedimento de ressignificação axiológica, de maneira a obter, com o atendimento à sua função social, fator qualitativo de legitimação e de merecimento de tutela pelo ordenamento”.

econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.⁸²

A obtenção do lucro e a consequente satisfação dos interesses privados está, portanto, condicionada ao exercício justo da atividade empresarial.⁸³

E por exercício justo da atividade empresarial deve-se compreender a condução da empresa orientada e pautada pelos princípios e valores constitucionais, com o objetivo de atender aos interesses individuais do empresário e dos demais *stakeholders*, incluindo a sociedade.⁸⁴ Do que decorre, entre outras obrigações, o dever de não causar danos à coletividade.

Nesse contexto, o poder de controle do acionista controlador e as decisões dos administradores passam por uma ampliação de espectro, devendo considerar, além dos interesses privados, também os interesses coletivos, buscando conciliá-los e harmonizá-los.

Essa dimensão da função social da empresa, na perspectiva que condiciona o lucro empresarial à observância dos princípios e valores insculpidos na Constituição Federal, já foi reconhecida pelo STF, como se pode depreender do julgamento da ADI – QO 319, por meio do qual o aludido tribunal analisou a constitucionalidade da Lei nº 8.039/1990, que previa critérios para o reajuste de mensalidades escolares.

No julgamento da matéria, o STF entendeu pela constitucionalidade de tal diploma legal, com fundamento no fato de que a livre iniciativa precisaria ser conciliada com os demais princípios constitucionais, sobretudo com os ditames da justiça social.

⁸² Nesse sentido, Ferreira (2005, p. 76-77) menciona que a liberdade de iniciativa econômica privada “é legítima, enquanto exercida no interesse na justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário. Daí por que a iniciativa econômica pública, embora sujeita a outros tantos condicionamentos constitucionais, se torna legítima, por mais ampla que seja, quando destinada a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. A Constituição Federal garante à empresa a livre iniciativa, temperada pelos limites, da ordem constitucional. Assim, a livre iniciativa é significante de estar livre para entrar no mercado e exercer livremente suas atividades, respeitados os limites funcionais”.

⁸³ Nessa linha, Campos (2020, p. 150) aduz: “A função social se caracteriza pelo poder-dever de vincular a empresa aos objetivos determinados pelo interesse da comunidade, através da observância de determinados deveres positivos e negativos. É por essa razão que empresa não pode, por exemplo, causar dano ao consumidor, ao meio ambiente e à livre concorrência, assim como deve recolher devidamente os tributos gerados. Esses deveres, no entanto, não se esgotam com previsões legais, vez que ‘o conteúdo da função social está no dever de um exercício justo da atividade empresarial’”.

⁸⁴ Nas palavras de Ferreira (2005, p. 79), “as atividades empresariais devem atender os interesses não só individuais, como os interesses de todos os envolvidos na rede de produção e circulação de riquezas, vale dizer, interesses sociais”.

Nesse sentido, reconheceu o tribunal que,

em face da atual constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e o princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros.⁸⁵

Há quem defenda, entretanto, que os interesses privados e os interesses coletivos são antagônicos, não podendo ser conciliados. Seriam, como se costuma denominar, interesses contrapostos.⁸⁶

Sob essa perspectiva, ao buscar a concretização de um interesse coletivo, o empresário estaria necessariamente deixando de lado a satisfação de seus interesses privados, que tem no lucro sua maior expressão.

Trata-se, *data venia*, de uma avaliação equivocada sobre a relação da empresa com a coletividade e, em um sentido mais amplo, da própria vida em sociedade.⁸⁷

Mesmo sem adentrar em uma perspectiva filosófica sobre a vida em sociedade, que reconhece a natureza gregária do homem e a sua necessidade de conviver em grupo, se atendo a uma abordagem econômica, a satisfação dos interesses coletivos e a preocupação com uma harmonia social se revelam fatores essenciais para a satisfação dos interesses individuais do empresário. Isso porque

⁸⁵ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=918>. Acesso em: 3 jun. 2022.

⁸⁶ A respeito de interesses e conceitos contrapostos no âmbito dos negócios, Held (2010, p. 135-136) aponta: “Ética nos negócios? Isso não é um paradoxo? [...] Como nota um erudito, ‘os negócios levam a um lado, a ética a outro. Se obter lucros, sempre crescentes for o propósito básico e o princípio dos negócios, e a rentabilidade econômica for o principal e prioritário em decisões estratégicas de negócios, comportamento ético e comportamento comercial devem entrar em conflito mais cedo ou mais tarde’. [...] respeito é bom, mas o ouro [...] é melhor”.

⁸⁷ Sobre as consequências de serem considerados apenas os interesses individuais dos empresários em detrimento dos interesses sociais, Bruscato (2016, p. 220-221) adverte que “[...] se essa concepção do interesse exclusivo vale para as empresas, sendo-lhes lícito desconsiderar quaisquer desdobramentos externos – aos quais é comum chamar externalidades – para que a companhia não perca o foco de seu interesse e propósito, será imperativo que a mesma possibilidade se reconheça aos demais atores sociais e ao indivíduo. [...] Dessa forma, se alguém compra um bem ou um serviço para obter a satisfação de uma necessidade sua e não efetua o pagamento correspondente, o inadimplemento, que é adjacente à satisfação e cujos efeitos são externos, deveria ser suportado pelo vendedor. Se é lícito à empresa transferir o ônus dos efeitos da obtenção de seu lucro a outros, que dele não participam, do mesmo modo seria forçoso admitir que o consumidor transferisse o ônus decorrente da satisfação de sua necessidade a outrem, que dela não participa. Logo se percebe que esse modelo é insustentável. Essa atenção exclusiva a interesses próprios é impossível de ser mantida num contexto de relação. Se se está sozinho e completamente isolado, a conduta pode ser exclusivista. Porém, quando se está inserido num conjunto relacional, isso é irrealizável a médio e longo prazo”.

as sociedades empresárias dependem das comunidades nas quais estão inseridas (e dos demais *stakeholders*) para gerar lucros.⁸⁸

Esse é inclusive o racional descrito por Larry Fink,⁸⁹ CEO da BlackRock, maior gestora de ativos financeiros do mundo, na carta anual que escreve para os *Chief Executive Officers* (CEOs) das principais companhias mundiais.

Ao descrever a experiência obtida a partir de conversas realizadas com diversos CEOs nos últimos 30 anos, Larry Fink aponta que todos foram uníssonos ao mencionar o que distingue uma empresa bem-sucedida das demais: “um claro senso de propósito, valores consistentes *e, de forma crucial, reconhecimento da importância de se envolver e atender aos principais stakeholders*” (grifos da autora).

E quando se fala em atendimento aos principais *stakeholders*, inclui-se a coletividade, a própria sociedade na qual aquela empresa está inserida, ou seja, ainda que o empresário não esteja moralmente preocupado com os interesses coletivos, deve por eles zelar, como forma de garantir a satisfação de seus próprios interesses individuais.

Como adverte o executivo: “Não se engane, a *busca justa* pelo lucro ainda é o que anima os mercados” (grifos da autora).

Assim, os interesses privados e os interesses sociais não devem ser tidos como interesses contrapostos, pois há uma relação de dependência mútua que acaba por exigir a harmonização dos interesses coletivos e com os interesses privados. Harmonização essa, importa lembrar, que não decorre apenas dessa relação de dependência mútua entre o empresário e a sociedade. Advém também do imperativo constitucional dirigido a todos de promoção da dignidade humana.

Com efeito, o Código Civil parece reconhecer essa dimensão condicionadora da função social da empresa, quando deixa claro no art. 2.035, parágrafo único do Código Civil de 2002 que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

⁸⁸ Sobre essa dependência, Rodrigues e Régis (2020, p. 370-371) esclarecem que deve ser afastada a “a adoção de praxe do termo ‘interesses contrapostos’, vez que nada há de contraposição, mas sim, há complementariedade: a sociedade promove o interesse da empresa; a empresa promove o desenvolvimento social”.

⁸⁹ Disponível em: <https://www.blackrock.com/br/2019-larry-fink-carta-ceo>. Acesso em: 25 maio 2021.

Mesmo não tendo mencionado expressamente a função social da empresa, sendo esta um desdobramento da função social da propriedade, naturalmente está abrangida no aludido dispositivo legal.

O que importa concluir que nenhuma convenção empresarial poderá ser considerada legítima se violar a função social da empresa.

Essa dimensão condicionadora também pode ser extraída da Exposição de Motivos nº 196, da Lei das S/A, que assim preconiza:

O princípio básico adotado pelo Projeto, e que constitui o padrão para apreciar o comportamento do acionista controlador, é o de que o exercício do poder de controle só é legítimo para fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e enquanto respeita e atende lealmente aos direitos e interesses de todos aqueles vinculados à empresa - os que nela trabalham, os acionistas minoritários, os investidores do mercado e os membros da comunidade em que atua.

Lembrando que o art. 116 da Lei das S/A prevê ser dever do acionista controlador “usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social”.

E que o art. 154 do mesmo diploma legal impõe ao administrador o dever de “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”.

A vertente condicionadora da função social da empresa cristaliza, portanto, a evolução do raciocínio jurídico que não mais reconhece a autonomia privada como um fim em si mesma, a par de qualquer limitação externa, uma vez que a livre iniciativa deve estar associada à solidariedade e à responsabilidade.⁹⁰

Com isso, a função social da empresa atinge a legitimidade dos atos praticados pela empresa, de maneira a coibir atos que violem a dignidade humana

⁹⁰ Rodrigues e Régis (2020, p. 354-355 e 360) destacam a “[...] concepção transformadora das bases do direito privado, à luz da metodologia civil-constitucional, por meio da qual se busca promover a tutela da pessoa humana como fator de legitimação para o exercício da autonomia privada, em um processo de funcionalização dos institutos jurídicos ao atendimento das bases axiológicas que permeiam a legalidade constitucional”. [...] E não é demais rememorar: a autonomia privada não mais representa um fim em si mesmo. A vontade, à luz da axiologia constitucional, somente pode ser tutelada quando exercida com vistas a promover interesses individuais que sejam capazes de realizar valores sociais candentes, caros à legalidade constitucional. Assim, a liberdade, na legalidade constitucional, atrela-se à responsabilidade”.

e os demais valores constitucionais, em verdadeira função limitadora da autonomia privada.⁹¹

Reconhece-se, assim, que “o lucro não se legitima por ser mera decorrência da propriedade dos meios de produção, mas como prêmio ou incentivo ao regular desenvolvimento da atividade empresária, segundo as finalidades sociais estabelecidas em lei” (BRUNA, 1997, p. 141).

Dessa forma, decisões e condutas empresariais que se revelem contrárias aos princípios e valores constitucionais devem ser consideradas como atentatórias à função social da empresa e, como consequência, reprimidas pelo ordenamento jurídico.⁹²

O reconhecimento da existência de deveres negativos decorrentes da função social da empresa, embora ainda pouco explorado, é reconhecido por parte da doutrina brasileira.

Nas palavras de Comparato (1996, p. 44), “não há certamente dificuldade alguma em entender em que consistem os deveres negativos do empresário relativamente a esses múltiplos interesses. Eles representam a aplicação do princípio geral *neminem laedere*”.

Estão abrangidas nessa perspectiva condicionadora, por exemplo, as condutas empresariais abusivas e oportunistas verificadas na pandemia.

Sob essa perspectiva condicionadora, aquelas empresas que durante a pandemia do coronavírus aumentaram em mais de 100% o valor de equipamentos de proteção individual dos profissionais de saúde, como luvas, máscaras, entre outros, estariam violando frontalmente o princípio da função social da empresa.

⁹¹ Sobre as limitações da livre iniciativa, Fachin (200, p. 208-209) esclarece: “Quando a Constituição prevê que na ordem econômica, um dos princípios básicos é a função social, o legislador constituinte funcionaliza a ordem econômica. E quem funcionaliza, limita, porque lhe dá uma direção”.

⁹² Sobre o impacto das decisões empresariais na sociedade e a responsabilidade que os administradores têm para com a sociedade, Lamy Filho (1992, p. 58) menciona que “[...] decisões tão abrangentes (na pequena, média ou grande empresa, nesta especialmente) e de que depende a vida, e a realização de tantas pessoas, e o desenvolvimento econômico em geral, são tomadas pelos administradores da empresa – que exercem, assim, um poder da mais relevante expressão, não só econômica como política e social, e o das mais fundas consequências na vida moderna. A existência desse poder empresarial, de tão extraordinário relevo na sociedade moderna, importa - tem que importar - necessariamente em responsabilidade social. Este é o preço - dizia Ferdinand Stone - que a empresa moderna terá que pagar em contrapartida ao poder que detém”. Destaca-se que a menção à expressão “responsabilidade social” no trecho ora citado deve ser compreendida em seu sentido genérico, como uma responsabilidade perante a sociedade, e não no sentido específico no qual essa expressão é comumente empregada, associado a políticas empresariais voluntárias de desenvolvimento social e proteção ao meio ambiente.

Perceba-se que não se está exigindo, com base nessa perspectiva da função social da empresa, que essas sociedades empresárias forneçam gratuitamente seus produtos para o Estado e para a população, diante da premente necessidade causada pela pandemia do covid-19, tampouco se está ignorando a teoria econômica da oferta e da procura. O que se busca evitar é o aproveitamento oportunista de uma situação de calamidade de escala mundial.

Tais sociedades empresárias devem lucrar sim com a venda de seus produtos e aproveitar o aumento da demanda de mercado por eles, mas não podem buscar a maximização extrema e desproporcional de seus lucros, em prejuízo da sociedade.

Nas palavras de Salles (2000, p. 97), “a empresa não pode ser corolário de filantropia e nem de selvageria”.

Com efeito, a finalidade lucrativa não pode ser priorizada em detrimento da vida humana. A lei da oferta e da procura deve ser relativizada quando a demanda advém de uma situação de emergência social.

É interessante destacar que, enquanto restritos à primeira perspectiva socioeconômica da função social da empresa – que se confunde com o conceito atual empregado ao princípio – se essas empresas mencionadas no exemplo estivessem pagando regularmente seus tributos, gerando empregos, observando a legislação ambiental e consumerista, seu comportamento não poderia ser considerado como contrário ao princípio da função social da empresa.

Seria razoável considerar que empresas com esse tipo de conduta observam e atuam em consonância com a função social da empresa? No atual estágio da humanidade, não é mais aceitável que a busca do lucro seja exercida de forma leviana, egoísta e irresponsável. Considerando que o ordenamento jurídico gira em torno e em prol do ser humano, a dignidade deve funcionar como padrão de conduta para as sociedades empresárias.

Revela-se, pois, fundamental reconhecer essa segunda perspectiva da função social da empresa, submetendo as decisões empresariais ao filtro dos princípios e valores constitucionais, sobretudo da dignidade humana.

A preocupação em conciliar os interesses individuais com os coletivos, e em se obter o lucro de forma aderente aos princípios e valores caros à sociedade, é tamanha que os ganhos extraordinários que as empresas de óleo & gás obtiveram em razão dos impactos no mercado de commodities internacional causados pela guerra entre a Ucrânia e a Rússia geraram desconforto e interessantes discussões.

Foi o que aconteceu, por exemplo, com a Noruega, considerado como um dos mais importantes fornecedores de petróleo para os demais países da Europa.

Surgiu na Noruega interessante debate sobre a legitimidade dos ganhos obtidos pelo país nesse contexto da guerra entre a Rússia e a Ucrânia.⁹³ Isso porque a maior parte da receita que compõe o fundo soberano do país, que protege a Noruega de crises econômicas e custeia a previdência social de sua população, advém das ações que possuem em companhias do setor de petróleo e gás.

Com isso, questionou-se se seria justo o país se beneficiar e colher benefícios financeiros que decorrem da tragédia vivenciada pela Ucrânia e do aumento do custo de vida experimentado pelos demais países da Europa, a partir dos impactos causados pela guerra.

Um dos jornais mais importantes da Noruega, o *Dagbladet*, publicou uma matéria que evidenciava o desconforto causado por essa situação, mencionando que “a Noruega não pode escapar desse fato incômodo: estamos lucrando com a Guerra”.

Interessante destacar, nesse caso, que o desconforto nacional existiu mesmo tendo as empresas de óleo e gás desempenhado suas atividades de forma regular, sem abusar dos preços de mercado.

O mero fato de o crescimento da demanda e a redução da oferta terem sido decorrentes das consequências causadas pela guerra já foi suficiente para ocasionar a discussão sobre a legitimidade dos ganhos financeiros auferidos pelo país. É esse filtro que a perspectiva condicionadora da função social da empresa impõe ao exercício da livre iniciativa, transformando essa reflexão moral em uma obrigação legal.

c) **A função social da empresa e sua perspectiva promocional**

Os princípios constitucionais da ordem econômica, insculpidos no art. 170 da Constituição Federal revelam que a empresa, como atividade econômica organizada, assume importante papel ao lado do Estado na promoção da justiça social.

⁹³ Essa situação foi descrita em matéria veiculada pela *Revista Crusoe* em 17 de maio de 2002. Disponível em: <https://crusoe.uol.com.br/diario/petrobras-essa-quimera/>. Acesso em: 18 maio 2022.

Nesse contexto, a função social da empresa exerce relevante contribuição, por carregar em si uma proposta de reumanização da economia,⁹⁴ buscando a valorização humana e a superação da concepção de que os indivíduos são meros instrumentos da atividade econômica.⁹⁵

Com efeito, a dignidade humana empresta ao Estado Democrático de Direito um sentido único, para o qual devem convergir todos os demais princípios constitucionais. Assim, a livre iniciativa deve receber proteção constitucional enquanto direcionada não só para a promoção dos interesses individuais, mas também para a satisfação dos anseios coletivos.

Na legalidade constitucional, esse é o requisito de validade e legitimidade de todos os institutos jurídicos.

Nessa toada, o ordenamento jurídico reconhece a importância do desempenho da atividade econômica, conferindo à livre iniciativa e à propriedade privada proteção constitucional (art. 170, da CF). Porém, ao mesmo tempo em que se confere proteção constitucional, exige-se que a livre iniciativa caminhe na direção que todo instituto jurídico deve seguir: a dignidade humana.

Sob essa perspectiva, em tempos de polarização política extrema, é fundamental esclarecer que, não importa a ideologia política, direita ou esquerda, a direção deve ser sempre para a promoção da dignidade humana.

E essa compreensão, embora seja a base de qualquer dimensão da função social da empresa, é fundamental de ser explorada em sua perspectiva promocional. Sobretudo porque ainda há muita resistência em se reconhecer tal perspectiva da função social da empresa, por se pensar que a existência de obrigações positivas para a empresa voltadas para a justiça social importaria em transferir aos particulares funções precípuas do Estado.

Ora, se a promoção da dignidade da pessoa humana é o fim maior de nossa sociedade, cabe a todos a obrigação de promovê-la e de por ela zelar.

Nesse sentido, mesmo que o art. 170 da CF não fosse expresso em prever que “a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social”, essa conclusão poderia ser extraída da própria axiologia constitucional.

⁹⁴ LAMY FILHO, 1992, p. 59.

⁹⁵ FRAZÃO, 2011, p. 193.

Não há, portanto, que se falar em transferência de atribuições do Estado para o particular ao se exigir das sociedades empresárias a execução de medidas destinadas à promoção da dignidade humana, posto que essa atribuição não é exclusiva do Estado, mas de todos nós.

Perceba-se que a ideia não é de publicizar a empresa, e sim de compreendê-la como uma ferramenta que deve servir não apenas para a realização pessoal do empresário, mas de toda a coletividade.

Nas palavras de Magalhães (2008, p.2),

O desenvolvimento econômico deverá estar vinculado ao desenvolvimento social. Os dois unidos conseguem alcançar o princípio da dignidade humana, já que, em nome do desenvolvimento econômico, o ser humano jamais poderá ser desprezado e, para o desenvolvimento social, o progresso, a produção não serão esquecidos.

Entretanto, afinal, como se materializa na prática essa perspectiva promocional da função social da empresa? Para melhor compreensão do tema, tal dimensão deve ser analisada em duas vertentes: a primeira está relacionada à imposição de obrigações positivas às empresas de realizar condutas destinadas à promoção da justiça social; a segunda tem como escopo legitimar decisões empresariais que visem promover os interesses coletivos em detrimento do lucro ou de sua maximização, em circunstâncias sensíveis e críticas vivenciadas pela coletividade.

É o que será abordado a seguir.

c.1) A função social da empresa e sua perspectiva promocional – imposição de obrigações positivas às empresas de realizar condutas destinadas à promoção da justiça social

A compreensão da função social da empresa como princípio que impõe deveres positivos aos empresários e administradores para a realização da justiça social é tema que suscita relevantes discussões.

Das perspectivas da função social da empresa abordadas no presente trabalho, certamente a perspectiva promocional é a mais controversa e debatida.⁹⁶

⁹⁶ Sobre as discussões que o tema acarreta, Frazão (2011, p. 9) alerta: “A compreensão do âmbito de incidência da função social da empresa requer que sejam superadas discussões polarizadas e contaminadas de discursos maniqueístas ou excessivamente ideológicos, procurando articular maneiras efetivas de equilíbrio da dimensão funcional com a autonomia privada.”

Fábio Konder Comparato, por exemplo, reconhece a perspectiva condicionadora da função social da empresa, mas questiona a existência de uma perspectiva promocional.

Nesse sentido, o autor aponta:⁹⁷

[...] a lei (das S/A) reconhece que, no exercício da atividade empresarial, há interesses internos e externos, que devem ser respeitados: não só os das pessoas que contribuem diretamente para o funcionamento da empresa, como os capitalistas e trabalhadores, mas também os interesses da “comunidade” em que ela atua. Não há certamente dificuldade alguma em entender em que consistem os deveres negativos do empresário, relativamente a esses múltiplos interesses. Eles representam a mera aplicação do princípio geral *neminem laedere*. Mas terá o empresário, também, deveres positivos? [...] O artigo 116, parágrafo único, da Lei 6.404 obrigaria, porventura, o acionista controlador a fazer com que a companhia participasse de campanhas de recolhimento e amparo de menores abandonados lançadas pelo Município do governo onde tem a sua sede? Mais especificamente, em caso de conflito entre o interesse próprio da empresa, como unidade econômica, e o interesse geral da comunidade, deve o empresário sacrificar o interesse empresarial em prol do bem comum, deixando, por exemplo, de aumentar os preços dos produtos ou serviços de primeira necessidade, sem estar a isso legalmente obrigado?

O autor entende ser incompatível com a finalidade lucrativa das empresas a existência de obrigações que imponham o exercício de uma função social *ad extra* no seio das comunidades em que operam. Para o ilustre professor paulistano, nesse caso, haveria uma contradição insanável, já que o objetivo último do empresário é sempre o lucro.

Na mesma linha, Wilges Bruscato reconhece as perspectivas socioeconômica e condicionadora da função social da empresa, mas atribui a perspectiva promocional ao campo da responsabilidade social.⁹⁸

⁹⁷ COMPARATO, 1996, p. 44.

⁹⁸ Sobre o tema, Bruscato (2016, p. 227) diz: “Em nosso sentir, o cumprimento da função social da propriedade empresarial se dá, portanto, quando a empresa está ativa e nos limites da lei. [...] Embora a função social da propriedade empresarial esteja plenamente atendida nos moldes expostos, alguns empresários vão além de tal exigência e propõem-se a cumprir tarefas que seriam essencialmente dever do Estado, adotando práticas denominadas responsabilidade social. Passam, então, a uma atuação paralela à busca do lucro, razão de ser da empresa privada. Vão à comunidade e oferecem serviços, amparo, formação profissionalizante, cultura e arte, lazer, preservação ambiental, entre outras coisas. Todavia, não se pode transferir ao empresário a tarefa de promover a justiça social através de ações de responsabilidade social. O fomento da justiça social é tarefa do Estado, com a colaboração de todos. [...] essas iniciativas não são dever da iniciativa privada [...]”.

Ocorre que o art. 170 da Constituição Brasileira de 1988 prevê que “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”.

Com base em tal comando constitucional, parte da doutrina defende a existência de obrigações positivas decorrentes da função social da empresa que impõem às sociedades empresárias medidas focadas na distribuição de riqueza e na promoção da justiça social.

Nesse sentido, a função social não teria por finalidade apenas a anulação de condutas antissociais e a circulação de riquezas, mas também o objetivo de direcionar e orientar o exercício da atividade empresária para o atendimento das finalidades sociais.⁹⁹ Mas em que consistiria essa obrigação positiva de condução da atividade empresária destinada à realização da justiça social?

Sobre o tema, Frazão¹⁰⁰ esclarece que:

[...] o equilíbrio entre liberdade empresarial e o igual direito à liberdade do restante da sociedade suscita importantes questões concernentes à justiça social, que não pode ser reduzida a fórmulas fechadas e insensíveis ao processo democrático e ao contexto social em que é analisada.

Por óbvio, a função social não tem por fim aniquilar liberdades e direitos dos empresários e tampouco de tornar a empresa mero instrumento para a consecução de fins sociais. A função social tem por

⁹⁹ Sobre o tema, Frazão (2006, p. 280 defende que “[...] a função social da empresa é um conceito que foi consolidado não apenas para impedir o exercício antissocial da atividade empresarial, mas para direcioná-la ao atendimento das finalidades sociais, inclusive mediante a imposição de deveres à empresa”. Perlingieri (2008, p. 940) também reconhece uma dimensão ativa da função social. Nessa linha, ensina o professor italiano: “Em um sistema inspirado pela solidariedade política, econômica e social e pelo desenvolvimento da pessoa [...], o conteúdo da função social assume um papel promocional, de maneira que a disciplina das formas proprietárias e a sua interpretação deverão ocorrer de forma a garantir e promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento.” Essa é também a posição adotada por Tepedino: “Desse modo, a autonomia privada, informada pelo valor social da livre iniciativa, que se constitui em fundamento da República (art. 1º, IV, C.R.), e amplamente tutelada pelo art. 170 do Texto Maior, encontra limites não somente negativos (art. 170, parágrafo único, C.R.), como positivos, vinculando o seu titular à promoção de valores, fundamentos e objetivos fundamentais da República.”[...] A autonomia privada adquire assim conteúdo positivo, impondo deveres à autorregulamentação dos interesses individuais, de tal modo a vincular, já em sua definição conceitual, liberdade à responsabilidade. (TEPEDINO, Gustavo. *A função social nas relações patrimoniais*. p. 1-2. Disponível em: https://www.academia.edu/30890621/A_fun%C3%A7%C3%A3o_social_nas_rela%C3%B5es_patrimoniais. Acesso em: 29 set. 2021). Com eles, outros autores também advogam que a função social da empresa impõe às sociedades empresárias obrigações para a promoção da justiça social. Nesse sentido, Nones (2002, p. 116) destaca “[...] as ações decorrentes da função social não podem ser confundidas com filantropia, com mero modismo, com marketing ou com propaganda. Ao contrário, esses deveres e responsabilidades sociais decorrentes dessa função são vistos aqui como uma verdadeira obrigação social, que vai além do âmbito interno da sociedade empresária. Isso tudo, sem confundir o seu papel com o das instituições de caridade”.

¹⁰⁰ FRAZÃO, 2011, p. 9.

objetivo, com efeito, reinserir a solidariedade social na atividade econômica sem desconsiderar a autonomia privada, fornecendo padrão mínimo de distribuição de riquezas e de redução das desigualdades.

A ideia é de que, em linha com os arts. 1º, 3º e 170 da Constituição Federal de 1988, a empresa funcione como instrumento para a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, resgatando o compromisso que cada direito subjetivo tem de promover os interesses não apenas dos seus titulares, como também dos demais membros da sociedade.¹⁰¹

Com isso, os benefícios advindos da exploração da atividade econômica devem ser percebidos por todos, e não apenas pelo empresário.

Em outras palavras, os recursos obtidos pela sociedade empresária, a partir do desempenho do seu objeto social, devem, ao mesmo tempo, servir à satisfação dos interesses do empresário e funcionar como instrumento para o alcance do projeto constitucional de proteção e promoção da dignidade da humana.¹⁰²

Sob essa perspectiva, a função social da empresa demandaria a distribuição dos benefícios propiciados pela exploração da atividade econômica com a sociedade como um todo, que justamente proporciona e oferece ao empresário as condições para o auferimento desses benefícios.

Trata-se de uma forma de propiciar a distribuição da riqueza advinda da atividade econômica, permitindo, assim, que além do empresário todos os membros da sociedade, que também participam direta ou indiretamente dessa atividade econômica, possam realizar seus respectivos projetos de vida.

Nas palavras de Frazão (2006, p. 295),

[...] a função social da empresa tem como desdobramento a necessidade de que a riqueza e os benefícios gerados pela empresa não sejam apropriados apenas por ela, mas sejam repartidos, de maneira satisfatória, com a sociedade como um todo, incluindo aí empregados, consumidores e os cidadãos em geral.

Haveria, assim, uma obrigação de que as empresas adotem ações distributivas, destinando parcela de seu patrimônio para o atendimento dos interesses sociais e à realização da justiça social.

¹⁰¹ FRAZÃO, 2011, p. 14.

¹⁰² CAMPOS, 2020, p. 143.

Vale lembrar que a liberdade econômica, como expressão da autonomia privada, só é considerada legítima se atender à finalidade prevista no art. 170 da CF, qual seja, “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

E por essa razão, “o exercício do poder econômico que não gera nenhuma forma de distribuição de riqueza ou dos benefícios da atividade econômica é abusivo, pois, nesta hipótese, a função social da empresa certamente não estará sendo cumprida” (FRAZÃO, 2017, P. 14).

Esse racional deve orientar a atuação dos administradores e controladores das sociedades empresárias, que têm o dever de observar no exercício de suas atribuições, a função social da empresa, conforme exigem os já mencionados arts. 116, parágrafo único e 154 da Lei das S/A.

Entretanto, como se trata de uma obrigação ampla, inserida no contexto de uma cláusula aberta, o exercício da atividade empresarial orientada para a promoção da justiça social envolve certo grau de subjetividade.

Por essa razão, é preciso que essas obrigações que envolvem políticas distributivas estejam claramente discriminadas em lei,¹⁰³ para que se garanta uma aplicação efetiva da perspectiva promocional da função social da empresa e com o objetivo de se evitar um cenário de insegurança para os empresários e administradores, que poderiam ser questionados pelo descumprimento da função social.

Nesse sentido, não seria possível exigir um dever geral de caráter distributivo em relação aos recursos e ao patrimônio da empresa. A obrigação de atender à função social da empresa na vertente ora examinada exige regra clara e bem definida. Não há como impor aos controladores e gestores o dever de destinar recursos da empresa para a promoção da justiça social sem definir como deverão atuar para cumprir tal obrigação.

¹⁰³ Nessa linha, Frazão (2017, p. 15-16) aponta que “A melhor compreensão é que políticas distributivas devam ser feitas por obrigações legais específicas e claras, sob pena de sujeitar os gestores das sociedades empresárias à tarefa complexa e praticamente inexecutável, com muitos efeitos deletérios, dentre os quais: (i) o engessamento da atividade empresarial em razão da ampliação dos deveres passíveis de responsabilização; (ii) o aumento de custos de transação em razão da incerteza quanto à extensão dos deveres; (iii) o repasse dessas dificuldades para os custos finais; (iv) o aumento da discricionariedade dos administradores, enfraquecendo a prestação de contas; (v) a admissibilidade de amplo controle judicial sobre o mérito das decisões empresariais (vi) o risco de fuga de investimentos em razão da discricionariedade dos gestores”.

Essa definição é também importante para conferir maior segurança para os investidores, que não ficariam à mercê da discricionariedade dos administradores.

Por essas razões, essa dimensão da função social da empresa precisa estar regulada em da lei, “sob pena de imputar aos gestores tarefa inexecutável, para a qual teriam poderes tão incontroláveis como arbitrários”.¹⁰⁴

Nesse contexto, o Estado desempenha importante papel na concretização da dimensão promocional da função social da empresa, a partir da edição de leis que busquem inserir as sociedades empresárias na promoção da justiça social, nos termos do art. 170 da Constituição Federal de 1988.¹⁰⁵

Como exemplo, pode-se citar a Lei nº 7.844/1992, do Estado de São Paulo, que assegurava aos estudantes devidamente matriculados em instituições de ensino o direito de pagar a metade do valor cobrado para o ingresso em eventos culturais e esportivos – o que popularmente ficou conhecido como “meia-entrada”.

Tal diploma legal teve a sua constitucionalidade questionada pela Confederação Nacional do Comércio, por meio da ADI nº 1950/SP.

O STF, ao analisar a matéria, concluiu pela constitucionalidade da aludida lei, sob o fundamento de que também compete ao particular, no exercício da livre iniciativa, a promoção dos interesses coletivos, de maneira que a livre iniciativa deve ser exercida em harmonia com o direito à educação, cultura e desporto.

Ao se pronunciar sobre tema, o ilustre Ministro Eros Grau, relator da ADI nº 1950/SP, esclarece de maneira brilhante que o princípio da livre iniciativa não se consagra apenas como uma afirmação do capitalismo, não devendo ser concebido como um bem da empresa.¹⁰⁶ Precisa ser exercido de forma conciliatória com os interesses individuais e coletivos.

¹⁰⁴ FRAZÃO, 2017, p. 16.

¹⁰⁵ Nessa linha, Rodrigues e Régis (2020, p. 370) observam que “Cabe ao Estado, em sua função legislativa, além de cumprir com os seus deveres sociais, promover as situações almejadas pela CRFB/88, a partir de legislações promocionais e incentivadoras, que devem ser compatibilizadas com o interesse das empresas privadas [...]”.

¹⁰⁶ Por sua relevância, transcreve-se trecho do voto do Ministro Eros Grau na mencionada ADI nº 1.950/SP: “Dir-se-á, contudo, que o princípio, enquanto fundamento da ordem econômica, a tanto se reduz. Aqui também, no entanto, isso não ocorre. Ou dizendo-o de modo preciso -: livre iniciativa não se resume, aí, a ‘princípio básico do liberalismo econômico’ ou a ‘liberdade de desenvolvimento da empresa’ apenas - à liberdade única do comércio, pois. Em outros termos: não se pode visualizar no princípio tão somente uma afirmação do capitalismo. O conteúdo da livre iniciativa é bem mais amplo do que esse cujo perfil acabo de debuxar. Ela é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da “iniciativa do Estado”; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Daí porque, de um lado, o artigo 1º, IV, do texto constitucional enuncia como fundamento da República

Sabe-se que, em muitos casos, os custos para as empresas que advêm dessas obrigações impostas pelo Estado em prol da justiça social são repassados para a própria sociedade, sendo refletidos nos preços dos produtos e serviços.

Assim, na prática, por vezes, revela-se difícil implementar essa perspectiva da função social da empresa.

Destarte, a sociedade, os órgãos de fiscalização, como o Ministério Público, e o próprio legislativo têm importante papel, devendo permanecer vigilantes e, no que estiver ao seu alcance, procurar inibir essas condutas empresariais contrárias aos interesses coletivos.

c.2) A função social da empresa e sua perspectiva promocional – a função social da empresa como fundamento para decisões empresariais que visem promover os interesses coletivos, em detrimento do lucro ou de sua maximização.

De acordo com o art. 154 da Lei das S/A, é dever dos administradores exercer suas atribuições para atender aos interesses da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

Com efeito, ainda que existam grandes discussões sobre os desdobramentos da função social da empresa, tal princípio acarreta uma consequência prática que consiste em um aumento da eficácia subjetiva de uma série de deveres dos administradores. Tais obrigações passam a ser compreendidas em um espectro mais amplo, que envolve não apenas zelar pelos interesses individuais, mas de todos os *stakeholders*.

Assim, os órgãos de administração de uma empresa devem atuar considerando os interesses desse universo plural, buscando em suas decisões harmonizá-los.

Federativa do Brasil o valor social e não as virtualidades individuais da livre iniciativa; de outro, o seu art. 170, caput, coloca lado a lado trabalho humano e livre iniciativa, curando, porém que o primeiro seja valorizado. [...] No caso, se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [...]. Ora, na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário.” (Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266808>. Acesso em: 5 jun. 2022).

Nesse sentido, os administradores têm deveres de lealdade e diligência não apenas perante os sócios e acionistas das empresas, mas também para com a comunidade em que aquela sociedade empresária está inserida.¹⁰⁷

Dessa forma, na gestão da empresa, deverá o administrador buscar a conciliação dos interesses individuais do empresário com os interesses coletivos da sociedade em geral.

Alguns poderiam questionar que apenas os interesses dos empresários e sócios deveriam ser observados pelos administradores, já que teriam sido eles que investiram recursos na empresa, e não a sociedade em geral.

Engano: a sociedade na qual uma empresa está inserida também investe recursos que permitem o desempenho da atividade empresária, seja oferecendo mão de obra e consumindo seus produtos, seja sustentando o aparato estatal necessário para as sociedades empresárias operarem.

Assim, a função social da empresa impõe que a atividade econômica seja explorada de forma a observar e a promover os princípios e valores insculpidos na constituição, harmonizando-se os interesses privados com os interesses coletivos.¹⁰⁸

Apesar de eventuais resistências por parte da doutrina brasileira em se reconhecer a obrigação de exercer a empresa de forma orientada à promoção dos princípios e valores constitucionais, essa é a interpretação que emana da Constituição Federal, sobretudo na leitura dos arts. 1º, inc. III, 3º e 170.

Nesse contexto, poderá haver situações em que os administradores identifiquem ser preciso privilegiar os interesses coletivos em detrimento do lucro, e é na função social da empresa que eles encontrarão o amparo para essa decisão.

¹⁰⁷ Sobre a ampliação do espectro subjetivo dos deveres e responsabilidades dos administradores, Lamy Filho (1992, p. 59) aponta que “a satisfação desses deveres e responsabilidades há que traduzir-se na busca atenta e permanente da conciliação do interesse empresarial com o interesse público; no atendimento aos reclamos da economia nacional, como um todo, na identificação da ação empresarial com as reivindicações comunitárias [...]”.

¹⁰⁸ Há grande dificuldade e resistência de parte da doutrina brasileira em se reconhecer a obrigação de exercer a empresa de forma orientada à promoção dos princípios e valores constitucionais, incluindo o princípio da dignidade da pessoa humana. Sobre esse problema, Bruscato (2016, p. 215-216) menciona: “Até quando se fala em função social, responsabilidade social e, até mesmo, em ética social, a absorção vai sendo digerida pelo direito de empresa – ainda que, para alguns, goela abaixo ou como estratégia de colocação mercadológica. Todavia, descambar para a dignidade da pessoa humana nas searas do direito de empresa parece ser demais. Empresa existe para dar lucro; e ponto. Dignidade humana é assunto incabível no direito de empresa, causando-lhe, quiçá, sua degeneração. Esse o posicionamento que temos encontrado em várias oportunidades em algumas das mais importantes academias brasileiras e que nos chama a atenção[...]. Para esse modo de pensar o direito da empresa – de origem privatista, sim, senhor – lucro e dignidade parecem mutuamente excludentes. A sociedade [empresária] deve escolher entre ser lucrativa ou digna”.

Vale mencionar que essa dimensão não se destina às decisões empresariais relacionadas às políticas de responsabilidade social da empresa.

A responsabilidade social, como será abordado mais à frente, é facultativa, discricionária, enquanto a função social da empresa é princípio de observância obrigatória. E por serem facultativas, as iniciativas de responsabilidade social não integram o curso normal dos negócios empresariais.

Trata-se de medidas pontuais, paralelas à exploração da atividade econômica, que envolvem investimentos em determinados setores considerados relevantes para a sociedade, como cultura, esporte, educação. Representam uma escolha de investimento da empresa, que não está relacionada diretamente com seus negócios. A empresa decide se, quando e onde quer investir, escolhendo os projetos e iniciativas que entenda relevantes para o desenvolvimento social.

O cenário em que incide a dimensão promocional da função social da empresa ora proposta é distinto. São decisões tomadas no seio do negócio da empresa, no dia a dia empresarial, afetando diretamente o *doing business* da sociedade empresária.

Nesse sentido, essa dimensão da função social da empresa destina-se a tornar legítimas decisões dos administradores emitidas no curso normal dos negócios que priorizem os interesses sociais em detrimento dos interesses particulares dos sócios.¹⁰⁹

São decisões como reduzir momentaneamente o lucro ou não o maximizar, em razão de algum fator externo à empresa, mas que seja caro à sociedade: situações de calamidade, por exemplo, ou outras circunstâncias de emergência social.

Importante esclarecer que não se está propondo, a partir dessa vertente, que os administradores sejam obrigados a tomar decisões nessas situações que priorizem os interesses sociais em lugar dos interesses individuais de seus sócios. O que se pretende é legitimar decisões que tenham esse viés.

¹⁰⁹ Explorando tal possibilidade, Frazão (2017, p. 21) defende: “Apesar das dificuldades relacionadas à mediação dos conflitos provenientes da ampliação do rol de destinatários do dever de diligência, pode-se concluir que os poderes de controle e de administração sejam exercidos de maneira informada, moderada e proporcional, a fim de não criar danos desnecessários, inadequados ou desarrazoados para os demais interesses que se projetam sobre a empresa. Desse modo, por mais que a gestão deva ser orientada para o lucro e para a manutenção da empresa, caberá aos administradores trilhar esse caminho de forma ponderada e não excessiva, diante dos demais interesses que devem ser resguardados, *sendo possível inclusive o afastamento de ações vantajosas para a sociedade e os sócios sempre que trouxerem danos desproporcionais a outros grupos envolvidos*” (grifos da autora).

Com efeito, a dimensão promocional deve ser compreendida como uma consequência lógica do processo de funcionalização da empresa. Afinal, se o processo de funcionalização dos institutos jurídicos passou a exigir que esses sejam concebidos a partir dos princípios e valores constitucionais, impondo a conciliação dos interesses individuais com os interesses sociais, a dimensão promocional passou a estar incutida no conceito de função social da empresa.

Dessa forma, ao se reconhecer que da função social da empresa decorre o dever dos administradores de que a empresa seja exercida com o objetivo de proporcionar benefícios para todos os envolvidos com tal atividade, incluindo a coletividade,¹¹⁰ concluiu-se que a função social da empresa passou a imprimir também uma dimensão promocional.

Vale lembrar que o art. 154 da Lei das S/A prevê que os administradores devem perseguir os objetivos empresariais, satisfeitas das exigências da função social da empresa.¹¹¹

Nesse contexto, os administradores das empresas, vigilantes a esse dever, poderão entender necessário adotar medidas que privilegiem os interesses da coletividade, em detrimento da obtenção do lucro ou de sua maximização, e precisarão estar autorizados pelo ordenamento jurídico a atuar dessa forma.

Trata-se de hipóteses que não estão expressamente previstas em lei, como aquelas medidas promocionais mencionadas no item anterior. São situações sensíveis, excepcionais e difíceis vivenciadas pela coletividade, que acabam por demandar das sociedades empresárias a avaliação sobre a adoção de medidas destinadas a atender aos interesses coletivos, em detrimento do lucro ou de sua maximização.

Voltando ao exemplo trazido no capítulo anterior, a empresa distribuidora de bebidas que, em razão de fortes chuvas, passou a ter acesso exclusivo por meio de seu terreno à única fonte de água mineral da região não é obrigada a reduzir o preço das bebidas que comercializa para os moradores da região. Mas caso queira assim

¹¹⁰ Nesse sentido, Frazão (2011, p. 194) observa que “A própria Constituição já previu alguns princípios que necessariamente orientam e direcionam o exercício da livre iniciativa empresarial [...]. É inequívoco que a função social relaciona-se com todos esses princípios, destacando que o fim da empresa é o de proporcionar benefícios para todos os envolvidos com tal atividade (sócios, empregados, colaboradores e consumidores) e também a comunidade”.

¹¹¹ Abordando a função social da empresa, Comparato (1996, p. 44) observa: “Como se vê, a lei reconhece que, no exercício da atividade empresarial, há interesses internos e externos que devem ser respeitados: não só das pessoas que contribuem diretamente para o funcionamento da empresa, como os capitalistas e trabalhadores, mas também os interesses da comunidade em que ela atua”.

proceder, custeando, inclusive a desobstrução do acesso público à fonte, precisa encontrar na função social da empresa o amparo legal para essa tomada de decisão.

Se a função social da empresa não contemplar a dimensão de promoção dos interesses socialmente relevantes, o administrador dessa empresa distribuidora de bebidas que optasse por reduzir momentaneamente os lucros da empresa, diminuindo o valor das bebidas comercializadas, poderia ser questionado pelos acionistas ou até mesmo pelos órgãos reguladores do mercado de capitais.

Por isso, revela-se imperioso reconhecer a dimensão promocional da função social da empresa, como forma de garantir aos administradores de empresas o fundamento legal para decisões que, no exercício de harmonização entre os interesses privados e coletivos, não gerem a maximização dos lucros.¹¹²

É importante esclarecer que, no presente trabalho, o que se está defendendo é que essa dimensão da função social da empresa funcione como fundamento para decisões empresariais que privilegiem os interesses sociais, em detrimento dos interesses privados dos sócios em situações de emergência social, e não como uma vertente que permita ao Estado, nessas situações, se imiscuir na administração da sociedade empresária e definir medidas de cunho social a serem implementadas por essa ou por aquela empresa.

É necessário, nesse sentido, cuidar para não transferir aos particulares obrigações próprias do Estado e impor às sociedades empresárias a adoção de medidas com as quais ela não tenha condições de honrar.

Embora seja desejável que o princípio da solidariedade, previsto no art. 3º, inc. I da Constituição Federal, seja observado em sua máxima elasticidade por todos aqueles que desenvolvem uma atividade econômica, a realidade fática precisa ser observada, não sendo possível admitir que a função social da empresa gere para o empresário obrigações incompatíveis com a realidade financeira da sociedade empresária.

Durante a pandemia da covid-19, por exemplo, muito se debateu sobre a imposição de redução de mensalidades escolares, suspensão da cobrança ou redução dos valores de aluguéis, entre outras medidas.

¹¹² Sustentando tal entendimento, Pinto Junior (2008, p. 102) defende que a função social da empresa “no mínimo, serve para legitimar condutas espontâneas dos administradores e do acionista controlador, em benefício dos stakeholders, desde que tenham correlação lógica com as atividades empresariais e custo razoável em face dos resultados financeiros obtidos pela companhia”.

Espera-se, com base no princípio da solidariedade, que empresas não demitam durante uma situação de crise como a ocasionada pelo coronavírus, que se renegociem prestações contratuais, mas obrigações que não se sustentem financeiramente à realidade da sociedade empresária não podem ser impostas pelo Estado nem pelo ordenamento jurídico, sob pena de inviabilizar determinada atividade.

Uma empresa pode não ter, por exemplo, condições financeiras de realizar atividades em prol dos interesses sociais. A função social da empresa não pode representar uma obrigação de substituição do Estado pelo particular em atividades que lhe são inerentes.

Não se está propondo uma publicização da empresa, tampouco uma supremacia da função social da empresa sobre a livre iniciativa. A proposta é de compatibilização e equilíbrio entre ambos os princípios.¹¹³

Perceba-se que o que a função social da empresa impõe aos administradores sob essa perspectiva promocional em análise é que cumpra o seu dever de lealdade, que em uma abordagem funcionalizada da empresa teve o seu âmbito de incidência ampliado, passando a se exigir do administrador lealdade não apenas para com o empresário, mas com toda a coletividade.

Assim, diante de circunstâncias sensíveis vivenciadas pela sociedade em geral, o que a função social da empresa impõe é que o administrador avalie o papel que aquela sociedade empresária tem a desempenhar no caso concreto. Mas as medidas que serão implementadas pela empresa estão inseridas no âmbito da avaliação interna dos administradores (*business judgment rule*).

Poderia uma empresa produtora de álcool em gel ser obrigada a fornecer gratuitamente seus produtos durante o período mais agudo da pandemia da covid-19? Parece-nos que não. Porém, caso os administradores dessa empresa entendessem que esse fornecimento gratuito seria possível, sem comprometer a saúde financeira da empresa, e optassem por implementá-lo, deveriam encontrar na função social da empresa o fundamento autorizativo para essa tomada de decisão.

É importante destacar que a todo momento o que se defende é uma conciliação dos interesses privados com os interesses sociais.

¹¹³ FRAZÃO, 2011, p. 200.

Assim, o limite para a legalidade das decisões dos administradores que priorizem, em determinadas situações, os interesses sociais em detrimento dos interesses particulares é a ausência de prejuízo para a empresa.¹¹⁴ Isso porque os administradores devem zelar pelos interesses coletivos em harmonia com os interesses individuais do empresário.

Caso contrário, essa dimensão da função social da empresa acabaria colidindo com a dimensão socioeconômica, colocando em risco a própria preservação da empresa.¹¹⁵

Importante frisar que uma decisão empresarial que gere redução do lucro é totalmente diferente de uma decisão empresarial que acarrete prejuízo para a empresa.

Além disso, a opção pela redução do lucro deve ser exercida com cautela, observando-se os demais deveres impostos aos administradores, sobretudo o dever de diligência, devendo ser avaliada e embasada tecnicamente, para que se assegure a ausência de prejuízo e a preservação da empresa.

A ideia é de harmonização, e não de penalização.

2.2 A agenda ESG e o conceito de Conduta Empresarial Responsável introduzido pela OCDE

Recentemente, muito se ouve falar em “Investidores ESG”, “Práticas ESG” e outras referências a esta que já se tornou famosa sigla no mercado de capitais.

ESG é a abreviação de *Environmental, Social and Governance*, referência usada para avaliar as práticas ambientais, sociais e de governança de uma empresa.

A partir da análise sobre como uma empresa se porta perante as questões relacionadas ao meio ambiente, as regras de governança corporativa que adota e como se relaciona com seus funcionários, acionistas e toda a comunidade na qual atua, investidores decidem se vão ou não investir naquela sociedade empresária.

¹¹⁴ Nesse sentido, Nones (2002, p. 116) ressalta que “as ações sociais decorrentes da função social não podem resultar em prejuízo às empresas”.

¹¹⁵ Nesse sentido, Frazão (2017, p. 12) adverte que “qualquer que seja a dimensão que se atribua à função social da empresa, deve ser ela compatibilizada com o princípio da manutenção da empresa, na medida em que a subsistência rentável da sociedade empresária é pressuposto para a realização de qualquer outro interesse”.

Há atualmente uma crescente e clara exigência dos investidores de que as sociedades empresárias sejam administradas de forma responsável, considerando na condução dos seus negócios as questões ambientais, econômicas e sociais.

Nesse contexto, a avaliação acerca das opções de investimento não se restringe mais às informações financeiras das empresas, contemplando também uma avaliação sobre suas condutas, decisões e como ela interage com seus diversos públicos de interesse.

Assim, a cada dia cresce a visão de que a empresa mais atraente não é aquela que proporciona o maior retorno financeiro para seus investidores, mas aquela que gera e maximiza lucros de forma responsável e solidária.

A ideia central é que a empresa não deve visar apenas ao lucro, tampouco obtê-lo a qualquer custo, devendo também se preocupar com os reflexos que o desempenho de sua atividade tem perante a sociedade.

O que se deseja em uma abordagem ESG é que as empresas persigam o lucro, mas não a qualquer preço, zelando não só pelos interesses individuais do empresário, mas também de todos os *stakeholders*, incluindo a sociedade em geral. Essa necessidade de ampliação do interesse da sociedade empresária vem sendo cada vez mais explorada no contexto internacional.¹¹⁶

Em 2019, a questão ganhou grande impulso na arena internacional com a já mencionada carta publicada por Larry Fink, CEO da BlackRock, endereçada aos CEOs de grandes companhias.

No documento, o executivo introduz o conceito do *capitalismo de stakeholders*, que tem como base o “reconhecimento da importância de se envolver e atender aos principais stakeholders”, entre os quais se inclui a própria sociedade.¹¹⁷

Na carta, Larry Fink¹¹⁸ afirma

¹¹⁶ Frazão (2021, p. 80) adverte para as críticas que incidem sobre essa tendência de ampliação dos interesses sociais: “se a ideia de uma visão mais abrangente do interesse social e do propósito das companhias foi abraçada com empolgação por muitos, também foi recebida com ceticismo por parte do meio empresarial e acadêmico, por diferentes razões, que vão desde a suposta impossibilidade de conciliar o propósito lucrativo das companhias com a persecução de interesses de stakeholders até aos riscos de se tratar de mero marketing ou fraude e manipulação [...]”.

¹¹⁷ Disponível em: <https://www.blackrock.com/br/2019-larry-fink-carta-ceo>. Acesso em: 25 maio 2021.

¹¹⁸ Disponível em: <https://www.blackrock.com/br/2019-larry-fink-carta-ceo>. Acesso em: 25 maio 2021.

Companies must be deliberate and committed to embracing purpose and serving all stakeholders – your shareholders, customers, employees, and the communities where you operate. In doing so, your company will enjoy greater long-term prosperity, as will investors, workers, and society as a whole.

Sobre o *capitalismo de stakeholders*, Larry Fink esclarece que

não é ‘justiça social’. É capitalismo, conduzido por relacionamentos mutuamente benéficos entre você e os funcionários, clientes, fornecedores e comunidade nas quais sua empresa depende para prosperar.

O tema foi reforçado no Fórum Econômico Mundial, por meio do Manifesto de Davos de dezembro de 2019, tendo sido naquela oportunidade destacado que “a company serves not only its shareholders, but all its stakeholders – employees, customers, suppliers, local communities and society at large”.¹¹⁹

Na mesma linha, a declaração sobre o propósito das empresas – *Statement on the Purpose of a Corporation* – emitida pela Business Roundtable, organização que reúne cerca de 180 empresas entre as mais importantes dos EUA, previu que as companhias devem ser geridas considerando os interesses de todos os *stakeholders*.¹²⁰

Merece destaque, ainda, o trecho da declaração que diz que todo cidadão americano “deserve an economy that allows each person to succeed through hard work and creativity and to lead a life of meaning and dignity”.

Verifica-se, assim, uma demanda de mercado pela ampliação do interesse da sociedade empresária, para abranger não apenas os interesses dos sócios e investidores, mas também os de todos os *stakeholders* – trabalhadores, acionistas e comunidade em geral.

Nessa toada, é crescente a preocupação e a atenção que diferentes agentes econômicos, organizações não governamentais e instituições reguladoras do mercado de capitais reservam para a forma de fazer negócios (*doing business*) das sociedades empresárias, exigindo e condicionando a realização ou recomendação

¹¹⁹ MATTOS FILHO, Ary Oswaldo *et al.* *Doações das empresas, ESG e responsabilidade social no contexto da Covid-19*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/disclosure/doacoes-das-empresas-esg-e-responsabilidade-social-no-contexto-da-covid-19-04062020>. Acesso em: 25 maio 2021.

¹²⁰ Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/brt.org/May-2022BRTStatementonthePurposeofaCorporationwithSignatures.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2022.

de investimentos ao desempenho de atividade econômica realizado de forma responsável, ética e solidária.

Percebe-se, assim, que a importância da funcionalização da empresa, senão em todas mas em grande parte das dimensões exploradas no presente trabalho, também é reconhecida pelos investidores e pelo mercado de capitais em geral. Tal realidade enfatiza a importância de uma releitura civil-constitucional do atual conceito da função social da empresa, de maneira que o direito esteja em compasso com as demandas sociais e com a realidade de mercado.

Essa crescente preocupação verificada no mercado financeiro com o desempenho de uma atividade empresarial responsável e solidária também é compartilhada por organismos internacionais, como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Nesse sentido, tal organização publicou na década de 1970 um importante documento denominado *Diretrizes da OCDE para as Empresas Multinacionais*, o qual apresenta recomendações dirigidas às empresas multinacionais com o objetivo de, entre outros aspectos, (i) fortalecer a base da confiança mútua entre as empresas e as sociedades onde operam; (ii) melhorar as condições para o investimento estrangeiro; e (iii) aumentar a contribuição das empresas multinacionais para o desenvolvimento sustentável.¹²¹

No documento, a OCDE enfatiza a preocupação crescente no cenário econômico mundial com o desempenho responsável, digno e solidário da atividade empresarial.

Nesse sentido, as Diretrizes¹²² destacam que

Os governos têm cooperado entre si e com outros agentes, no sentido de reforçar o quadro jurídico e regulamentar internacional no qual as empresas desenvolvem as suas atividades. O início deste processo pode ser datado no trabalho da Organização Internacional do Trabalho no início do século XX. A adoção pelas Nações Unidas, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos foi outro evento marcante.

¹²¹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico para empresas multinacionais*. 2011, p. 8. Disponível em: <http://www.pcn.fazenda.gov.br/assuntos/ocde/arquivos/2011-diretrizes-da-ocde-para-empresas-multinacionais-pt-br.pdf>. Acesso em: 13 maio 2021.

¹²² ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico para empresas multinacionais*. 2011, p. 9-10. Disponível em: <http://www.pcn.fazenda.gov.br/assuntos/ocde/arquivos/2011-diretrizes-da-ocde-para-empresas-multinacionais-pt-br.pdf>. Acesso em: 13 maio 2021.

Depois disso, houve um contínuo desenvolvimento de padrões relevantes para muitas áreas da conduta responsável das empresas – um processo que continua até hoje. A OCDE tem contribuído com aspectos importantes para este processo através do desenvolvimento de padrões que abrangem áreas como meio ambiente, luta contra a corrupção, interesses do consumidor, governança corporativa e tributação.

Nesse sentido, as Diretrizes elencam princípios e padrões para o desempenho da atividade empresarial de maneira responsável em um contexto global, de acordo com regras e padrões internacionalmente reconhecidos.

O documento foi elaborado na década de 1970 e atualizado em 2011, de forma que refletissem as mudanças no cenário do investimento internacional desde a última revisão em 2000.

Todos os países do G20 não aderentes à OCDE foram convidados a participar da elaboração do documento, além da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

As Diretrizes foram aprovadas e contaram com a adesão de 42 países membros e não membros da OCDE – Argentina, Brasil, Egito, Letônia, Lituânia, Marrocos, Peru e Romênia – que assumiram o compromisso vinculante de implementar seus princípios e orientações.

Uma das grandes contribuições das Diretrizes, em sua edição revisada, foi a introdução do conceito de Conduta Empresarial Responsável (CER).¹²³ Tal conceito amplia os deveres e responsabilidades das sociedades empresárias, para além dos interesses do empresário.

Com efeito, o conceito de CER aborda a ideia de que as sociedades empresárias têm deveres e obrigações para com a sociedade, a serem observados no desempenho de suas atividades, traduzindo-se em verdadeiras regras de conduta que devem ser respeitadas pelas empresas.

¹²³ “A ideia de CER vem sendo difundida com base na atuação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em especial no que diz respeito as Diretrizes OCDE para Empresas Multinacionais (Diretrizes da OCDE) lançadas na década de 1970. Contudo, a noção de CER não se encontrava presente no documento ainda que fosse possível depreendê-la de uma leitura das primeiras versões das Diretrizes da OCDE com um enfoque baseado na proteção aos direitos humanos e ao meio ambiente. A inclusão do termo conduta empresarial responsável no texto das Diretrizes da OCDE só veio a ocorrer no preâmbulo da versão do ano 2000. No entanto, foi na versão de 2011 que o conceito de CER foi incorporado aos dispositivos das Diretrizes da OCDE, bem como passou a desempenhar uma função central na aplicação e implementação dessas [...]”. (ZIERO, 2016, p. 86-87).

Nesse sentido, o conceito de CER está diretamente relacionado com o princípio da função social da empresa¹²⁴ concebido sob a óptica civil-constitucional, na medida em que ambos ampliam o espectro de responsabilidade e lealdade dos administradores e inserem no interesse da empresa, além dos anseios do empresário, os interesses dos demais *stakeholders*.

De acordo com tal conceito, as empresas devem introduzir em seus processos internos regras, controles e práticas que tenham como objetivo assegurar o desempenho da atividade empresarial em consonância com os princípios da boa-fé, solidariedade social, entre outros, respeitando os interesses não apenas de seus sócios e investidores, mas de todos os públicos de interesse que com elas se relacionam.

Importante notar que as Diretrizes da OCDE introduzem a ideia de CER como uma obrigação para as empresas a ser observada na condução dos negócios.

Nessa linha, a ideia de CER deve ser integrada aos propósitos e fins da empresa, devendo, assim, estar inserida em seus procedimentos internos e nos processos de tomada de decisão. Isso envolve a obrigação das empresas de adotarem políticas e processos internos que permitam identificar, avaliar, prevenir e quando necessário mitigar os eventuais impactos negativos causados direta ou indiretamente por suas atividades.¹²⁵

Com efeito, tal conceito impõe às empresas uma série de deveres, entre eles, destacam-se¹²⁶ (i) elaborar e aplicar práticas de autorregulação e sistemas de gestão eficazes que promovam uma relação de confiança mútua entre as empresas e as sociedades onde operam; (ii) evitar causar ou contribuir para impactos adversos nas matérias abrangidas pelas Diretrizes, por meio de suas próprias atividades, e lidar com esses impactos quando ocorrerem; (iii) adotar políticas e processos de devida diligência (*due diligence*), a fim de identificarem, prevenirem, mitigarem e quando necessário repararem os impactos negativos causados de maneira direta ou indireta por suas atividades; e (iv) além de lidar com os impactos adversos em relação às

¹²⁴ ZIERO, 2016, p. 88.

¹²⁵ ZIERO, 2016, p. 89.

¹²⁶ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico para empresas multinacionais. 2011, p. 14. Disponível em: <http://www.pcn.fazenda.gov.br/assuntos/ocde/arquivos/2011-diretrizes-da-ocde-para-empresas-multinacionais-pt-br.pdf>. Acesso em: 13 maio 2021.

matérias abrangidas pelas Diretrizes, incentivar, sempre que possível, parceiros de negócios, incluindo fornecedores e subcontratados, a aplicar princípios de conduta empresarial responsável compatíveis com as Diretrizes.¹²⁷

O cumprimento desses deveres interfere na avaliação do comportamento corporativo pela sociedade, afetando diretamente os negócios das empresas, de maneira que as próprias sociedades empresárias vêm percebendo a importância de uma condução responsável da atividade empresária.¹²⁸

Ao discorrer sobre a importância da adoção de uma conduta empresarial responsável, as Diretrizes apontam que o alto nível concorrencial dos mercados pode suscitar desvios nas condutas empresariais, destacando a importância de persistência e cuidado constante com o desempenho da atividade empresarial.

Nesse sentido, as Diretrizes¹²⁹ mencionam que

Muitas empresas multinacionais têm demonstrado que o respeito a padrões elevados de conduta empresarial pode aumentar o crescimento. As atuais forças concorrenciais são intensas e as empresas multinacionais são confrontadas com uma série de disposições legais, sociais e regulatórias. Neste contexto, algumas empresas poderão sentir-se tentadas a negligenciar os princípios e padrões de conduta adequados, na tentativa de obter vantagens concorrenciais indevidas. A adoção de tais práticas por uma pequena minoria poderá pôr em dúvida a reputação da maioria, suscitando preocupações por parte do público.

As Diretrizes propõem, ainda, a divulgação de uma Declaração de Conduta Empresarial Responsável, a fim de dar publicidade sobre as políticas da empresa relacionadas ao tema.¹³⁰

¹²⁷ UNITED NATIONS. *Report of the special representative of the secretary: general on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, John Ruggie: guiding principles on business and human rights: implementing the United Nations protect, respect and remedy framework. 2011. UN Doc: A/HRC/17/31. p. 4 e 13.

¹²⁸ Nesse sentido, as Diretrizes destacam: “Uma crescente rede de ações e de instrumentos autorregulatórios não governamentais consignam aspectos de comportamento corporativo e das relações entre empresas e sociedade. Avanços interessantes a esse respeito estão sendo empreendidos no setor financeiro. As empresas reconhecem que, frequentemente, suas atividades têm implicações sociais e ambientais.” (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico para empresas multinacionais. 2011, p. 16. Disponível em: <http://www.pcn.fazenda.gov.br/assuntos/ocde/arquivos/2011-diretrizes-da-ocde-para-empresas-multinacionais-pt-br.pdf>. Acesso em: 13 maio 2021.

¹²⁹ Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico para empresas multinacionais. 2011, p. 9. Disponível em: <http://www.pcn.fazenda.gov.br/assuntos/ocde/arquivos/2011-diretrizes-da-ocde-para-empresas-multinacionais-pt-br.pdf>. Acesso em: 13 maio 2021.

¹³⁰ Nesse sentido, as Diretrizes destacam: “A conduta empresarial é cada vez mais considerada pelos consumidores na tomada de decisões de compra. As empresas são, portanto, encorajadas a tornar

Importa esclarecer que, assim como a função social, a ideia de Conduta Empresarial Responsável não se confunde com o conceito de responsabilidade social da empresa.

Conforme já mencionado alhures, a responsabilidade social, compreendida como o conjunto de medidas destinadas a fomentar setores importantes para a sociedade, como cultura, esporte, educação, entre outros, é facultativa, discricionária e relacionada a um juízo de conveniência e oportunidade de cada empresa.

Difere, portanto, da ideia de CER, que é de observância obrigatória e impõe que as empresas considerem em seus processos decisórios os impactos de sua atividade para a coletividade, a fim de garantir que o exercício da empresa se dê em harmonia com os interesses individuais e coletivos.¹³¹

Sob esse aspecto, o conceito de CER se relaciona com a segunda perspectiva do princípio da função social da empresa exposta no presente trabalho, na medida em que preconiza a necessidade de condicionar o exercício da livre iniciativa, ao respeito a assuntos de interesse coletivo.¹³²

Nesse sentido, como aponta ZIERO (2016, p. 89), “para além de orientar as ações do Estado brasileiro, no que tange à regulação da atividade empresarial, o princípio da função social da empresa, interpretado à luz do conceito de CER, também implica uma mudança na conduta empresarial.”

O tema, ainda que de forma tímida, foi reconhecido pelo Estado brasileiro no âmbito internacional.

pública a informação sobre as iniciativas tomadas para integrar às suas operações comerciais e empresariais as preocupações sociais e ambientais e para apoiar, caso contrário, o consumo sustentável. O capítulo III das Diretrizes sobre Divulgação de Informações é relevante nesse aspecto. As empresas são incentivadas a divulgar comunicados de valor ou comunicados de conduta empresarial ao público, inclusive informações sobre as políticas sociais, éticas e ambientais da empresa e outros códigos de conduta que a empresa subscreva.” (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico para empresas multinacionais. 2011, p. 20. Disponível em: <http://www.pcn.fazenda.gov.br/assuntos/ocde/arquivos/2011-diretrizes-da-ocde-para-empresas-multinacionais-pt-br.pdf>. Acesso em: 13 maio 2021.

¹³¹ Nessa linha, Ziero (2016, p. 87) ensina: “[...] ainda que o conceito de conduta empresarial responsável possua o mesmo ponto de partida da já conhecida e amplamente utilizada ideia de responsabilidade social da empresa (RSE), qual seja o de fazer com que empresas passem a levar em consideração durante suas operações assuntos relacionados ao interesse coletivo, por exemplo proteção do meio ambiente e respeito a direitos humanos, a forma com que CER e RSE se manifestam é divergente”.

¹³² ZIERO, 2016, p. 88.

Destarte, destacam-se os Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos celebrados pelo Brasil com países como Chile e Colômbia, os quais apresentam cláusulas estipulando que as empresas devem adotar “princípios e normas voluntárias para uma conduta empresarial responsável”.

Embora tais acordos não prevejam os desdobramentos práticos desse compromisso, e a cláusula inserida em seus textos fale em “normas voluntárias” – mais adequado seria se tivesse utilizado a expressão “normas internas” –, a menção ao conceito de conduta empresarial responsável já demonstra uma atenção do Estado brasileiro sobre a questão. Porém, é preciso que se evolua e se desdobre também o tema no âmbito jurídico interno.

2.3 Diferenciação entre função social da empresa e responsabilidade social

É importante não se confundir função social da empresa com responsabilidade social. Tais institutos se diferenciam primordialmente por dois aspectos: natureza cogente e âmbito de incidência.

Quanto à natureza cogente, a responsabilidade social, embora desejável, é facultativa, discricionária, voluntária, opcional, enquanto a função social da empresa é de observância obrigatória, decorrendo de deveres impostos pelo ordenamento jurídico.¹³³

Essa diferença pode ser extraída da leitura da Lei das S/A.

Com efeito, o § 4º do art. 154 da Lei das S/A. deixa claro que a atuação da empresa no âmbito da responsabilidade social é facultativa, já que prevê que “o conselho de administração ou a diretoria *pode* 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” (grifo da autora).

Assim, embora desejável que as sociedades empresariais destinem parcela de seus recursos para projetos sociais, não há a obrigação legal de assim procederem.

¹³³ Nas palavras de Tomasevicius Filho (2003, p. 40), a responsabilidade social “consiste na integração voluntária de preocupações sociais e ambientais por parte das empresas nas suas operações e na interação com a comunidade”.

A seleção do portfólio de patrocínios e investimentos sociais é de livre definição pelas empresas, inclusive a decisão de realizá-los ou não.¹³⁴

Já quando se refere à função social da empresa, o legislador deixa claro que a sua observância é dever imposto ao acionista controlador, como se pode extrair do art. 116, parágrafo único, da mesma lei: “o acionista controlador *deve* usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social [...]” (grifo da autora).

A mesma obrigação é imposta aos administradores, restando claro no art. 154 da Lei das S/A que é dever dos administradores exercer suas atribuições, “satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”.

Mas considerando que, tanto a responsabilidade social como a função social da empresa – concebida sob a óptica civil-constitucional – envolvem a participação da empresa em iniciativas que se relacionam com a promoção dos valores e princípios constitucionais, como então saber se uma iniciativa decorre da função social da empresa ou da sua atuação na área de responsabilidade social? Para responder a essa indagação é preciso analisar outro aspecto fundamental que as diferenciam: o âmbito de incidência.

Com efeito, a responsabilidade social envolve investimentos em áreas que desempenham importante papel no desenvolvimento da sociedade, como educação, cultura e esporte, mas que não decorrem da consecução do objeto social da empresa.¹³⁵ Trata-se de atividades apartadas do regular exercício da atividade empresarial.

Nas palavras de Ziero (2016, p. 87), as ações relativas à responsabilidade social “não estão integradas aos propósitos e fins da empresa, ou seja, não se

¹³⁴ Nessa linha, Magalhães (2008, p. 12) esclarece que “A responsabilidade social das empresas consiste na integração voluntária de preocupações sociais e ambientais por parte das empresas nas suas operações e na interação com a comunidade. O empresário voluntariamente decide a contribuir com objetos distintos de seu âmbito de atividades para fazer uma sociedade mais justa, contribuindo para o desenvolvimento social e ambiental do país. Ela abrange todas as atividades não ligadas ao objeto social, mas que gera benefícios para a comunidade [...]”.

¹³⁵ Essa mesma conclusão foi obtida por Araújo *et al.* (2012, p. 44): “A função social da empresa está intimamente ligada ao seu objeto social, de forma que, não se pode exigir da empresa o cumprimento de deveres que vão além daqueles decorrentes de seu objeto social e para os quais não fora criada. Desta forma, seguindo o entendimento de que a função social da empresa está ligada somente ao seu objeto social, surge o termo responsabilidade social, o qual vai muito além da consecução do objeto social da empresa. Pois é a responsabilidade social empresarial a realização de práticas voluntárias e eticamente corretas por parte dos empresários com vista à consecução dos interesses sociais, com ênfase na proteção do meio ambiente e na redução das desigualdades sociais”.

integram aos seus procedimentos internos, uma vez que tais ações são vistas como um ‘extra’”.

Alguns autores confundem a ideia de função social da empresa com responsabilidade social, sobretudo na sua perspectiva promocional.

Nesse sentido, não reconhecem a perspectiva promocional da função social da empresa, reservando ao campo da responsabilidade social toda e qualquer medida destinada à promoção dos interesses coletivos.

Essa confusão, pode “ocasionar graves prejuízos ao ordenamento jurídico, à medida que pode tornar ineficaz a aplicação do princípio da função social da empresa, já que a aplicação desse princípio ficaria condicionada a atuação voluntária das empresas” (ARAÚJO *et al.*, 2012, p. 44). Por essa razão, é fundamental esclarecer as diferenças entre os dois institutos.¹³⁶

Diante dessa diferenciação, e remetendo o leitor novamente ao exemplo trazido no capítulo anterior, a decisão do administrador de uma empresa de bebidas localizada na região serrana do Rio de Janeiro de fornecer a preço de custo seus produtos, até que o acesso público à única fonte de água mineral da região seja restabelecido, não deve ser enquadrada como uma iniciativa de responsabilidade social, e sim como um compromisso decorrente da função social da empresa. Ora, a iniciativa está diretamente relacionada aos negócios da empresa, à sua atividade principal.¹³⁷

Além disso, decorre do dever de lealdade dos administradores, que em uma abordagem funcionalizada da empresa sofre uma ampliação do seu âmbito de incidência, passando a exigir dos administradores zelar pelos interesses não apenas do empresário, mas de toda a coletividade.

¹³⁶ Sintetizando as diferenças entre os dois institutos, Araújo *et al.* (2012, p. 44) resume: “Assim, procedendo-se a distinção entre as teorias, pode-se afirmar que enquanto a função social da empresa está ligada ao seu objeto social, ao exercício de sua atividade econômica, sendo instituto de obediência obrigatória por parte das empresas, tendo em vista ser uma imposição da sociedade e do Estado, e encontrar fundamento na própria Carta Magna, caracterizando-se, pois, como princípio norteador da atividade econômica; a responsabilidade social, por sua vez, caracteriza-se como atuação voluntária por parte dos empresários, indo muito além do objeto social da empresa e se configurando mais como normas de caráter moral e ética que obrigação jurídica, sendo, pois este o ponto crucial da distinção entre função social e responsabilidade social”.

¹³⁷ Outro interessante exemplo é trazido por Matias (2010, p. 25): “Decorreria da função social da empresa, por exemplo, a instalação de filtros que diminuiriam a emissão de gases poluentes por empresa de transporte coletivo, em razão da imposição da proteção ao meio ambiente, e decorreria da *social responsibility*, por exemplo, a adoção, pela mesma empresa, de praça pública, assumindo os custos de reparação e manutenção do logradouro público”.

Assim, a função social da empresa impõe ao administrador a obrigação de avaliar o papel da empresa naquela situação e a melhor forma de conciliar os interesses privados dos sócios com o interesse coletivo.

A medida a ser adotada no caso concreto deve ser avaliada pelo administrador, considerando sobretudo a situação financeira da empresa, de forma a não lhe causar prejuízo.

A função social da empresa, portanto, é princípio que deve ser observado em cada decisão de negócio dos administradores.

Enquanto a responsabilidade social se enquadra no conceito *nice to have*, na medida em que não tem coercitividade jurídica, a função social integra a ideia do *must have*, refletindo a obrigação de condução da empresa em estrita observância aos princípios e valores constitucionais norteadores da atividade econômica.

CAPÍTULO – III A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO LIMITE À LIVRE INICIATIVA E FUNDAMENTO PARA RESPONSABILIZAÇÃO DO ADMINISTRADOR

3.1 A função social da empresa como limite à livre iniciativa

A livre iniciativa e a liberdade econômica são garantias fundamentais em um Estado Democrático de Direito, essenciais para o desenvolvimento da sociedade capitalista contemporânea.

Os benefícios socioeconômicos que surgem a partir da exploração da atividade econômica já foram destacados no Capítulo II, demonstrando a importância que a riqueza gerada e posta em circulação pelas sociedades empresárias tem para a concretização dos interesses coletivos.

Merece destaque, também, nesse contexto, a relevância que têm os recursos gerados pela exploração da atividade econômica e revertidos diretamente ao Estado, por meio do pagamento de tributos, para o desenvolvimento social, na medida em que financiam uma série de iniciativas públicas destinadas a garantir direitos fundamentais aos cidadãos.

Não por outra razão o inc. IV do art. 1º da Constituição Federal de 1988 reconhece o valor social da livre iniciativa como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

No entanto, a livre iniciativa e a liberdade econômica não se configuram direitos absolutos, ilimitados.

Embora tanto o valor social da livre iniciativa como a dignidade da pessoa humana tenham sido previstos no art. 1º da Constituição Federal como fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade humana se caracteriza como princípio maior do ordenamento jurídico, que prepondera sobre os demais.

Nesse sentido, o art. 3º da Constituição Federal de 1988 complementa o art. 1º, afirmando que são objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da

pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito ou discriminação.¹³⁸

Nas palavras de Perlingieri (2008, p. 522),

De qualquer maneira que se queira ler a Constituição, não parece possível deixar de perceber que ela assenta sobre uma clara hierarquia de valores. Isto faz com que a atividade econômica, categoria do ter, deva ser instrumental à realização dos valores existenciais, à categoria do ser.

A dignidade da pessoa humana foi, portanto, erigida ao vértice axiológico da Constituição Federal, funcionando como fundamento de qualquer instituto jurídico. Com isso, a Constituição Federal de 1988 conferiu ao Estado Democrático de Direito um sentido único, para o qual devem convergir todos os institutos jurídicos, inclusive os de direito privado.

Operou-se verdadeiro processo de funcionalização dos institutos jurídicos de direito privado, seguindo a evolução histórica que apontava para a necessidade de reumanização das relações patrimoniais, conforme explorado no Capítulo I.

Nesse sentido, conforme explica Schreiber (2006, p. 19), a partir do processo de funcionalização dos institutos jurídicos, “o ter deixa [...] de ser um valor em si mesmo para se tornar mero instrumento de realização do ser” e “a atividade econômica passa a estar subordinada ao atendimento de valores não econômicos, como a solidariedade social, a igualdade substancial e a dignidade da pessoa humana”.

Com isso, a dignidade humana passa a ser compreendida ao mesmo tempo como direito e obrigação de todos.

¹³⁸ Nesse sentido, Frazão (2009, p. 21-22) ressalta que “no caso brasileiro, o princípio da dignidade humana foi apontado logo no art. 1º da Constituição de 1988, como fundamento do Estado Democrático de Direito, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, do pluralismo político e do reconhecimento expresso de que a legitimidade do poder pertence ao povo. Por outro lado, o art. 1º é complementado pelo art. 3º, ao afirmar serem objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito ou discriminação. Ao elencar tais princípios como fundamento da República, é inequívoco que a própria Constituição considerou-os como elementos estruturantes da ordem constitucional, de forma que compõem diretamente o pano de fundo em função do qual todos os demais direitos e princípios serão interpretados. Daí porque a dignidade da pessoa humana e os demais princípios fundamentais apresentam uma importância paradigmática, impondo uma releitura de todo o texto constitucional a partir do sentido que é inerente ao paradigma, inclusive no que se refere a dispositivos que já estavam presentes em outras Constituições”.

Aquela visão do ordenamento jurídico típica das codificações oitocentistas, na qual a propriedade era tida como o bem mais valioso a ser protegido pelo ordenamento jurídico deu lugar à compreensão de que não há nada mais importante do que a pessoa humana. E é essa compreensão que deve nortear o exercício da livre iniciativa empresarial e da liberdade econômica.

Sob essa perspectiva, previu expressamente o legislador constituinte, no art. 170 da Constituição Federal, o objetivo que justifica a tutela da livre iniciativa: assegurar a todos existência digna e promover a justiça social.

Tal perspectiva é fundamental para combater a indesejada conclusão a que chegavam alguns defensores do liberalismo econômico de que a “desigualdade econômica era uma consequência natural e justificável do livre jogo de diferenças humanas” (FRAZÃO, 2020, p. 93).

Com isso, a partir do momento em que a livre iniciativa passa a ser exercida apenas para promover o interesse individual e egoístico do empresário, causando danos à coletividade, ela deixa de estar amparada pela Constituição Federal de 1988; seu exercício torna-se ilegítimo.¹³⁹

Vale destacar que a livre iniciativa – como se verifica na própria redação do art. 1º, inc. IV, da Constituição Federal – mereceu proteção constitucional justamente por ter reconhecido o legislador constituinte o seu valor social.

E nesse contexto, a função social da empresa, concebida nos limites desse giro hermenêutico implementado pela Constituição Federal de 1988, passa a exercer papel fundamental na compreensão dos contornos em que se insere a livre iniciativa.

Isso porque tal princípio impõe que a atividade empresária seja exercida em estrita observância aos princípios e valores constitucionais.¹⁴⁰

¹³⁹ Nas palavras de Silva (2013, p. 800), “[...] a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário”.

¹⁴⁰ Vale destacar que, não obstante a função social da empresa não esteja mencionada expressamente na Constituição Federal, tal princípio encontra amparo nos arts. 5º, inc. XXIII, e 170, inc. III do diploma constitucional. Sobre o tema, remete-se o leitor ao Capítulo I do presente trabalho e às lições de Silva (2013, p. 820), que esclarece que embora a função social da empresa não esteja expressamente prevista na Constituição, sua compreensão decorre do art. 5, inc. XXIII, segundo o qual a propriedade atenderá a sua função social. De acordo com o autor, tal mandamento se estende

Com isso, a busca da eficiência e do maior retorno para o capital investido encontra limites nos valores fundamentais do ordenamento jurídico.¹⁴¹

Exige-se, assim, que o exercício da atividade econômica esteja comprometido com a proteção e promoção da pessoa humana.¹⁴²

Nas palavras de Schreiber (2020, p. 6), “não há uma liberdade econômica que possa se desenvolver fora do quadro normativo constitucional”.

A livre iniciativa não está inserida, portanto, em uma ilha normativa,¹⁴³ imune à incidência dos demais princípios e valores constitucionais.¹⁴⁴ Ela precisa com eles se harmonizar.

Como adverte Posner (1998, p. 13), “allocation of resources in which value is maximized, has limitations as an ethical criterion of social decisionmaking”.

Dessa forma, ao mesmo tempo em que a Constituição Federal de 1988 assegura aos indivíduos a liberdade de iniciativa, exige que essa liberdade seja

para todo e qualquer tipo de propriedade, atingindo, assim, a propriedade dos bens de produção. Além disso, o art. 170, inc. III da Constituição Federal, ao estabelecer a função social da propriedade como um dos princípios que informam a ordem econômica, representa um reforço a essa compreensão.

¹⁴¹ Nesse sentido, Silva (2013, p. 820), ao tratar dos limites que incidem sobre a iniciativa econômica, aponta: “Se ela [a iniciativa econômica] se implementa na atuação empresarial, e se esta se subordina ao princípio da função social, para realizar ao mesmo tempo o desenvolvimento nacional, assegurada a existência digna de todos, conforme ditames da justiça social, bem se vê que a liberdade de iniciativa só se legitima quando voltada à efetiva consecução desses fundamentos, fins e valores da ordem econômica.”. Na mesma linha, Campos (2020, p. 148) aduz: “Não há bem que não desempenhe uma função social, não podendo aqueles destinados ao exercício de atividade econômica voltada para o mercado deixarem também de ser conformados pelos ditames sociais. A liberdade de iniciativa, logo, só se justifica se estiver em consonância com a dignidade da pessoa humana”.

¹⁴² Como conclui Campos (2020, p. 154): “Assim, a liberdade de iniciativa, indispensável à geração de empregos e tributos, é conformada pela própria função social a que se submete a empresa. Razão pela qual a liberdade de iniciativa só se justifica em decorrência da promoção da existência digna.” No mesmo sentido, Farah (2002, p. 676) aponta que, a “propriedade e livre iniciativa são apenas princípios-meios, e desta forma devem estar balizados no reconhecimento do valor da pessoa humana como fim”.

¹⁴³ Como adverte De Pietro (2013, p. 5), “para compreensão das normas constitucionais que regulamentam a ordem econômica, necessário se faz a conexão com os demais dispositivos constitucionais, uma vez que se a ordem constitucional econômica não se apresenta como ilha normativa destacada da Carta Magna. Trata-se de fração constitucional, que se integra no conjunto das normas constitucionais, razão pela qual a interpretação, aplicação e execução dos seus preceitos requerem o constante ajustamento dessas regras às disposições constitucionais que se encontram por toda Constituição”.

¹⁴⁴ Nas palavras de Tepedino (2003, p. 118): “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”.

exercida de forma a permitir que todos os demais indivíduos também possam concretizar seus respectivos projetos de vida.

Com isso, a empresa, como expressão da livre iniciativa e da liberdade econômica, passa a encontrar nos princípios e valores constitucionais, sobretudo na dignidade da pessoa humana, a orientação e o requisito de validade e legitimidade de todos os seus atos e decisões.

Não se trata de aniquilar a livre iniciativa; o que se exige é que o exercício dessa liberdade esteja atrelado à realização de valores sociais, não podendo ser com eles incompatíveis.¹⁴⁵

Como já advertia Kant, a liberdade deve estar associada à igualdade, não podendo a liberdade de um indivíduo ser alcançada a partir da opressão dos demais membros da sociedade.¹⁴⁶

A função social da empresa se revela, assim, como princípio que confere contornos e orienta o exercício da livre iniciativa e da liberdade econômica.¹⁴⁷

É importante cuidar, contudo, para que a função social da empresa não seja mal compreendida, sendo associada a essa ou àquela ideologia política ou teoria econômica. Afinal, a preocupação com os valores socialmente relevantes não é exclusiva de determinada linha de pensamento.

Vale lembrar que mesmo no liberalismo, ao menos em suas bases iniciais, não havia oposição entre liberdade de iniciativa e justiça social.¹⁴⁸

Importantes filósofos liberais, como Locke e Kant, não eram indiferentes às questões sociais e reconheciam que, dada a vida em sociedade, os direitos

¹⁴⁵ Como esclarece Schreiber (2006, p. 18-19), “[...] a Constituição brasileira, como se viu, não repeliu a livre iniciativa, nem repugnou a propriedade privada. O que fez foi atrelar o exercício dessas situações jurídicas à realização de valores sociais. A mudança é, portanto, qualitativa. Trata-se não de asfixiar a aspiração econômica, nem de lhe impor meros limites externos ou excepcionais, mas sim de lhe atribuir uma nova justificativa, uma nova razão legitimadora, que não pode ser vista como premissa dada, mas que deve ser encarada como uma nova função para a atividade econômica concretamente desenvolvida na realidade social”.

¹⁴⁶ FRAZÃO, 2020, p. 92.

¹⁴⁷ Conforme bem sintetiza Frazão (2017, p. 2), “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”.

¹⁴⁸ FRAZÃO, 2017, p. 93.

subjetivos de um indivíduo se projetam sobre a esfera jurídica dos demais, sendo, portanto, necessário encontrar critérios de compatibilização entre eles.¹⁴⁹

Considerando que não há bem maior do que a vida humana, nessa conciliação de interesses subjetivos, o ser humano e a sua dignidade devem sempre prevalecer.

A orientação à promoção da dignidade da pessoa humana deve, assim, estar inserida em todos nós, pessoas físicas ou jurídicas. É como o coração humano: deve bombear sangue para que o corpo funcione, ou seja, deve difundir no exercício dos direitos subjetivos essa finalidade, sob pena de não serem reconhecidos.

O que se propõe não é um duelo entre liberdade econômica e princípios constitucionais, para que, no fim, um aniquile o outro. Trata-se de um exercício de integração, conciliação, norteados pela dignidade humana.

Nessa linha, De Pietro (2013, p. 8-9) aduz que

Como todos os princípios, a livre iniciativa não deve ser aplicada de forma absoluta. Sua efetividade apresenta-se vinculada à ponderação com os demais princípios e valores constitucionalmente previstos. Incumbe ao Estado a intervenção na ordem econômica para regular e normatizar a atividade econômica toda vez que excessos forem cometidos pela iniciativa privada, pois a liberdade de iniciativa não é absoluta, uma vez que está condicionada a prover justiça social. Assim, somente será legítima quando conciliar os meios utilizados para buscar o lucro com a função social que deve desempenhar.

Nesse contexto, não pode o Estado e o ordenamento jurídico tolerarem condutas decorrentes do exercício da liberdade econômica que sejam nocivas para a coletividade, beneficiando comportamento egoísticos e antissociais.¹⁵⁰

E esse papel deve ser exercido não apenas pelo direito penal, por meio da tipificação dos crimes contra a economia popular ou das infrações contra a ordem econômica, por exemplo, mas também pelo direito civil.

Além disso, a resposta do direito civil a essas condutas oportunistas adotadas pelos administradores de determinadas empresas não pode ficar limitada à legislação consumerista. Deve também se dar por meio do princípio da função

¹⁴⁹ É o que explica Frazão (2017, p. 93), acrescentando que mesmo Adam Smith, pai do liberalismo econômico, não se mostrava indiferente às questões sociais. O problema, segundo a autora, consiste no fato de que a teoria de Smith foi posteriormente apropriada e difundida pelos economistas com enfoque exclusivo no autointeresse, desconsiderando os aspectos éticos e morais nela existentes.

¹⁵⁰ Nessa linha, Silva aponta (2013, p. 801) que “A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira antissocial. Cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso”.

social da empresa, em todas as dimensões exploradas no Capítulo II, sobretudo a dimensão condicionadora.

Dessa forma, a função social da empresa deve servir para coibir abusos cometidos no exercício da livre iniciativa, funcionando como fundamento para combater condutas oportunistas realizadas em momentos de emergência social, por exemplo, os aumentos abusivos de preço verificados durante a pandemia da covid-19.

Com efeito, a interferência do poder público nos preços praticados por comerciantes e empresas é medida que sempre acarreta certa polêmica.

No entanto, há muito se reconhece a necessidade de o Estado intervir para evitar abusos cometidos por particulares no exercício de seus direitos subjetivos, zelando pela humanização das relações patrimoniais. E assim devemos seguir.

Sob essa perspectiva, em tempos em que a liberdade econômica ilimitada vem sendo bradada em discursos que não encontram amparo no ordenamento jurídico, revela-se ainda mais importante proteger a pessoa humana de indesejáveis retrocessos jurídicos.

Nesse contexto, é com cautela que devem ser interpretados alguns dispositivos introduzidos pela Lei nº 13.874/2019, conhecida como Lei de Liberdade Econômica e autointitulada *Declaração de Direitos de Liberdade Econômica*.

Tal diploma legal surge em um contexto no qual se verifica, não apenas no Brasil, como no cenário internacional, grande exaltação à máxima liberdade econômica e defesa do livre mercado, “blindando-o de qualquer influência jurídica, em uma espécie de retorno à versão mais drástica do *laissez faire, laissez passer*” (SCHREIBER, 2020, p.1).

Destarte, a sociedade brasileira em geral é sensível à necessidade de desburocratização da máquina estatal. Existe muito a ser feito nesse sentido e a Lei de Liberdade Econômica trouxe avanços importantes nessa frente. Reconhece-se.

Entretanto, o referido diploma legal, em alguns de seus dispositivos, parece pretender retornar ao espaço de primazia das liberdades individuais em detrimento dos interesses coletivos, deixando os interesses privados imunes a qualquer interferência estatal.

Ocorre que a proteção à pessoa humana não admite retrocessos.

Nesse sentido, é com reservas que se deve ler o art. 1º, § 2º da referida lei, que prevê que “interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades privadas”.

Ora, como já destacado, a liberdade econômica está inserida em um conjunto de valores constitucionais que direcionam e amoldam os exercícios dos direitos subjetivos, e que tem a dignidade da pessoa humana como seu maior vetor.¹⁵¹

Dessa forma, todas as normas de ordenação pública sobre atividades privadas devem ser sempre interpretadas a favor da dignidade da pessoa humana, e não a favor da liberdade econômica, dos contratos, dos investimentos e da propriedade, como propõe o art. 1º, §2º, da Lei de Liberdade Econômica.

Toda e qualquer norma jurídica inserida no ordenamento jurídico brasileiro deve ser interpretada em favor de um bem coletivo maior, que nunca deve ser preterido: a dignidade humana.

Com efeito, ainda que o art. 2º da Lei nº 13.874/2019 não tenha elencado a dignidade humana como um dos princípios que norteiam a sua aplicação – outro equívoco desse diploma legal –, tal interpretação decorre da axiológica constitucional.¹⁵²

Nesse sentido, advertem Tepedino e Cavalcanti (2020, p. 488) que

As alterações promovidas pela Lei nº 13.874/2019 devem ser interpretadas sistematicamente, com base na tábua axiológica da Constituição Federal, sendo conformadas aos valores hierarquicamente superiores. Independentemente das disposições veiculadas em novas leis editadas, o dever do intérprete será verificar, em caso concreto, os

¹⁵¹ Nesse sentido, Tepedino e Cavalcanti (2020, p. 488) destacam que “mostra-se indubitosa a utilidade, do ponto de vista do direito econômico, da reafirmação das liberdades econômicas do país refreado por excesso burocrático. Tais postulados de liberdade, contudo, não podem ser interpretados isoladamente. Inserem-se no conjunto de valores constitucionais que agrega a liberdade solidariedade e igualdade; e à livre iniciativa, o valor social do trabalho e diversos interesses transindividuais”.

¹⁵² Ao abordar os perigos decorrentes dos valores propostos pela Lei de Liberdade Econômica, Frazão (2020, p. 91) adverte que “a Lei de Liberdade Econômica adota a compreensão de liberdade econômica a partir das concepções do liberalismo econômico, que não apenas são parciais, enviesadas e reducionistas, como desconhecem por completo a ordem econômica constitucional brasileira. É por essa razão que, longe de nos levar a um crescimento sustentável associado igualmente às ideias contemporâneas de desenvolvimento, a implementação dos valores propostos pela Lei de Liberdade Econômica e por outros diplomas legislativos que seguem o mesmo caminho pode nos levar a uma total subversão dos princípios constitucionais, com efeitos nefastos não apenas sobre o crescimento econômico e sobre o empreendedorismo, mas, sobretudo, sobre os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos brasileiros.

valores merecedores de tutela em cada situação à luz de todo ordenamento, informado pelos vetores constitucionais.

Assim, as normas de direito público, só serão interpretadas a favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito ao contrato, se e quando tal interpretação for adequada à promoção da dignidade da pessoa humana.

A correta compreensão, portanto, do espaço de liberdade econômica e do exercício da livre iniciativa é fundamental para que os interesses individuais do empresário convivam em harmonia com os interesses coletivos.¹⁵³

A experiência vivenciada pelo Estado Liberal já demonstrou que a garantia ilimitada e absoluta das liberdades individuais não é capaz de garantir a harmonia social.

A pandemia da covid-19 revelou que, mesmo em situações de calamidade mundial, quando todos tiveram suas vidas ou de seus familiares e amigos colocadas em risco, em que se demandava uma especial preocupação com o coletivo, o ser humano é capaz de continuar voltando-se apenas para si e de cometer impressionantes abusos.

Por isso, “é preciso estar atento e forte”,¹⁵⁴ para evitar retrocessos e não relegar a pessoa humana à própria sorte.

3.2 O aumento arbitrário de preços durante a pandemia do covid-19

O art. 3º, inc. III da Lei nº 13.874/2019 – Lei de Liberdade Econômica – prevê ser conferido à livre iniciativa o direito de “definir livremente, em mercados não regulados, o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda”.

Essa é sem dúvida a regra que deve prevalecer no exercício da livre iniciativa e da liberdade econômica em uma economia capitalista. Entretanto, essa regra comporta exceções, encontrando limites nos deveres e obrigações que decorrem da função social da empresa.

¹⁵³ Como adverte Brochado (2018, p. 95), “no Estado Democrático de Direito, por conviverem subjetividades e intersubjetividades, autonomia coexiste com heteronomia, de modo que ambas cedem espaços recíprocos, dependendo, principalmente, da natureza da situação jurídica em que consiste o caso concreto”.

¹⁵⁴ DIVINO maravilhoso. Compositores: Caetano Veloso e Gilberto Gil. *In*: Gal Costa. Intérprete: Gal Costa. Philips Records. 1969. 1CD. Faixa 8.

Isso porque, consoante mencionado no item anterior, a função social da empresa exige do empresário e dos administradores que a atividade empresária seja conduzida em estreita observância aos princípios e valores constitucionais, sobretudo a dignidade humana.

Com efeito, conforme exposto alhures, embora o art. 2º da referida Lei de Liberdade Econômica, não tenha incluído a dignidade da pessoa humana no rol dos princípios que norteiam a sua aplicação, essa interpretação se extrai da legalidade constitucional.

Sob essa perspectiva, quando a lei da oferta e da demanda é alterada a partir de uma necessidade coletiva causada por uma situação de emergência social, como a ocasionada pela pandemia da covid-19, o aumento de preços deve encontrar limite no interesse coletivo maior de proteção à pessoa humana.

Com isso, não se propõe que as sociedades empresárias percam a sua liberdade de fixar os preços de seus bens e serviços, aplicando suas devidas margens de lucro, mesmo em situações como essa. O que se exige é que, principalmente naqueles bens tidos como essenciais, os preços praticados sejam razoáveis, e que não se operem aumentos abusivos.

É importante destacar que, em casos de emergência pública, situações extremas de fragilidade social, a mera aplicação da lei da oferta e da demanda, por si só, já poderia implicar em graves problemas sociais.

Isso porque, com o aumento da demanda ocasionado pela situação de calamidade, os preços naturalmente sobem e, sendo bens necessários à sobrevivência de todos que estão enfrentando aquela situação, há o risco de que apenas os mais ricos passem a ter acesso a eles.

Nesses casos, o acesso a determinados bens, essenciais à sobrevivência das pessoas, estaria atrelado à renda e não à necessidade.¹⁵⁵

Sendo assim, essa situação que já demanda a atenção e exige a adoção de medidas pelo poder público, é agravada pelo aumento abusivo de preços perpetrados por certas empresas.

¹⁵⁵ Nesse sentido, Fung e Roberts (2021, p. 735) advertem: “Other market failures exist in addition to the exercise of market power. For essential products such as food, medication, and vaccines, distribution based on market prices alone during a pandemic is not likely to be socially efficient when everybody needs these products but only the rich can afford them if panic buying drives up prices”.

Em vez de atuarem ajudando e cooperando com a comunidade no enfretamento dessas situações, algumas empresas preferem adotar comportamentos oportunistas e lucrar com a desgraça coletiva.

É importante esclarecer, ainda, que o aumento de preços em situação de emergência pública difere das oscilações que ocorrem em situações normais de alteração da lei da oferta e da demanda.

O aumento elevadíssimo das hospedagens e passagens aéreas na final de um grande campeonato de futebol, durante a Copa do Mundo, olimpíadas e outros eventos esportivos é natural e não repercute na dignidade da pessoa humana. É totalmente diferente de um aproveitamento abusivo em uma situação de emergência social, no qual a busca pela maximização do lucro coloca em risco a vida da população.

Como bem advertiu o Ministério Público de São Paulo, no âmbito da ação popular que apontava indícios de superfaturamento na compra de máscaras realizada pela Prefeitura de Guarulhos durante a pandemia, o “aumento de preço, decorrente do binômio mercadológico da oferta e procura, não pode ser confundido com sobrepreço ilegal e oportunista”.¹⁵⁶

Em uma situação de calamidade, de crise, de dificuldade extrema vivenciada pela sociedade, a conduta que se espera das empresas não é o oportunismo e a avareza, e sim a eticidade e a solidariedade.

Foi assim que, ao analisar os abusos empresariais cometidos durante a pandemia da covid-19, novamente o Ministério Público de São Paulo¹⁵⁷ se pronunciou

Em situações de crise espera-se dos comerciantes um mínimo de solidariedade e esforços para não haver aumento dos preços. É justo, é legítimo a busca do lucro, mas não de forma abusiva, aproveitando de uma situação de calamidade pública.

Mas, infelizmente, durante a pandemia da covid-19, enquanto a maior parte da sociedade lutava por sobrevivência, alguns poucos agentes econômicos

¹⁵⁶ Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14045713&cdForo=0>. Acesso em: 14 jun. 2022.

¹⁵⁷ Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Noticias_CA0_Criminal/Aumento%20abusivo%20de%20pre%C3%A7os%20em%20situa%C3%A7%C3%A3o%20de%20calamidade.pdf. Acesso em: 13 jun. 2022.

enxergavam nessa triste crise uma oportunidade para maximizar seus lucros de forma abusiva.

Foram diversas as notícias veiculadas na mídia de abusos cometidos pelas sociedades empresárias durante a pandemia da covid-19.

Em abril de 2020, ainda no início da crise sanitária, o Procon de São Paulo divulgou um levantamento realizado pelo Núcleo de Inteligência e Pesquisas da Escola de Proteção e Defesa do Consumidor sobre o impacto da pandemia na vida do consumidor.¹⁵⁸

Na pesquisa, o instituto ouviu 1.813 consumidores, no período compreendido entre 27 de março de 2020 e 1º de abril do mesmo ano.

De todos os consumidores entrevistados, 84,61% informaram ter verificado um aumento desproporcional de preços nesse período. Aos que afirmaram ter verificado aumento expressivo nos preços, foi realizado um segundo questionamento, perguntando em quais produtos essa elevação do preço teria sido percebida. Os cinco primeiros produtos mais apontados pelos respondentes foram: álcool em gel (1.221 respostas), alimentos em geral (1.153 respostas), máscaras hospitalares (793 respostas), produtos de higiene pessoal (620 respostas) e produtos de limpeza (577).

Percebe-se que aqueles bens mais essenciais à coletividade foram apontados na pesquisa como os que mais sofreram aumento elevado dos preços. Enquanto isso, bens não tão relevantes no momento de pandemia, como roupas, calçados e acessórios registraram o menor número de respostas – apenas 23 delas. O que demonstra que a mera aplicação da lei da oferta e da demanda em um momento de emergência social não é capaz de atender às necessidades da sociedade em geral.

Com isso, diante dos diversos abusos cometidos pelas sociedades empresárias durante a pandemia da covid-19, o poder público teve de editar uma série de medidas com o objetivo de regular o aumento dos preços de bens e serviços, buscando uma harmonização entre os interesses dos empresários e da coletividade.

Nesse sentido, a Agência Nacional de Saúde (ANS), divulgou em 31 de agosto de 2020 o Comunicado nº 85, por meio do qual informava a decisão de

¹⁵⁸

Disponível em: https://www.procon.sp.gov.br/wp-content/uploads/2020/04/Relat_Impacto_Coronavirus_para_consumidor.pdf. Acesso em: 13 jun. 2022.

suspender a aplicação dos reajustes de planos de saúde por mudança de faixa etária, bem como por variação de custos, no período de setembro a dezembro de 2020.

De acordo com a agência, a medida tinha o objetivo de “mitigar os efeitos provenientes da emergência em saúde pública de importância nacional, [...] visando manter o equilíbrio das relações negociais que conformam o setor de regulado, de forma técnica, bem como a garantir a continuidade e a qualidade da prestação de assistência à saúde dos consumidores dos planos de saúde”.¹⁵⁹

Outra importante medida implementada pelo poder público foi a promulgação da Lei nº 14.010/2020, que instituiu o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) durante o período da pandemia do covid-19.

O documento teve como objetivo instituir normas de caráter transitório e emergencial destinadas a afastar previsões legais incompatíveis com a realidade imposta pela pandemia, a fim de preservar as relações contratuais e proteger as partes mais vulneráveis.

Entre as medidas previstas no documento, ficou proibida até 30 de outubro de 2020 a concessão de liminar para desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo prevista no art. 59, § 1º, incs. I, II, V, VII, VIII e IX, da Lei de Locações (Lei nº 8.245/1991).

Ainda no âmbito legislativo, na esfera estadual, foram editadas diversas leis que proibiam o aumento sem justa causa do preço de produtos ou serviços durante o período mais grave da pandemia.

Como exemplo, pode-se citar a Lei nº 8.769/2020, do estado do Rio de Janeiro; a Lei nº 17.213/2020 do estado do Ceará; e a Lei nº 5.145/2020 do estado do Amazonas.

Na esfera federal, alguns projetos de lei foram apresentados com essa mesma finalidade, tais quais o Projeto de Lei nº 1087/20, do Deputado Federal Paulo Pimenta (PT-RS); o Projeto de Lei nº 1687/20, da Deputada Federal Erika Kokay (PT-DF); e o Projeto de Lei nº 1700/2020 de autoria da Deputada Federal Edna Henrique (PSDB/PB).

¹⁵⁹ Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/comunicado-n-85-de-31-de-agosto-de-2020-275431775>. Acesso em: 14 jun. 2022.

Esses projetos de lei foram, entretanto, rejeitados pela Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços e pela Comissão de Defesa do Consumidor, ambas da Câmara dos Deputados.

A Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados acolheu parecer do relator, o Deputado Federal Nicolino Bozzella Junior (PSL-SP), que argumentou ser desnecessária a lei proposta, uma vez que, em seu entender, já seriam suficientes as previsões contidas no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), na lei de crimes contra a ordem econômica (Lei nº 12.529/11) e na lei de crimes contra a economia popular (Lei nº 1.521/51).

Nesse sentido, o art. 39, inc. X, do Código de Defesa do Consumidor prevê ser vedado ao fornecedor de produtos ou serviços elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços.

Já o art. 36, inc. III, da Lei nº 12.529/2011 dispõe que o aumento arbitrário dos lucros constitui infração à ordem econômica.

E o art. 3º, inc. IV, da Lei nº 1.521/1951, por sua vez, tipifica como crime contra a econômica popular a conduta de “provocar a alta ou baixa de preços de mercadorias, títulos públicos, valores ou salários por meio de notícias falsas, operações fictícias ou qualquer outro artifício”.

Não obstante, recentemente, em maio de 2022, a Comissão de Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor do Senado Federal aprovou o Projeto de Lei nº 768/2020, de autoria do Senador Angelo Coronel (PSD/BA).¹⁶⁰

O referido projeto cria o “crime de elevação de preços de produtos e serviços médico-hospitalares sem justa causa em época de emergência social, calamidade pública ou pandemia”, com o objetivo de trazer previsão penal específica para esse tipo de conduta.

Vale destacar trecho contido na justificativa que fundamenta o projeto, no qual o parlamentar menciona que, em situações de emergência social, como a causada pela pandemia do coronavírus, é “dever de todos manter o espírito de cooperação próprio da vida em comunidade”. E acrescenta que o aumento abusivo de preços nessas circunstâncias “não se coaduna com os princípios de solidariedade e da boa-fé, por exemplo”.

¹⁶⁰ Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2022/05/24/aumentos-abusivos-nos-precos-durante-pandemias-serao-considerados-crime>. Acesso em: 14 jun. 2022.

Aos princípios citados pelo parlamentar, pode-se acrescentar também o princípio da função social da empresa.

O projeto vai ser submetido à apreciação da Comissão de Constituição e Justiça do Senado e, se aprovado, será encaminhado para a Câmara dos Deputados.

Resta saber se será novamente rejeitado por essa casa legislativa, sob o argumento anteriormente utilizado de que já existem previsões no ordenamento jurídico aptas a tutelar esses casos de aumentos abusivos de preço e outras condutas oportunistas em períodos de emergência social.

Com relação à tal justificativa, analisando as previsões legais existentes que se prestam a proibir ou penalizar o aumento abusivo de preços, é importante registrar que elas não parecem se revelar suficientes para caracterizar uma resposta efetiva do ordenamento jurídico para esses casos.

No que tange ao Código de Defesa do Consumidor, a elevação sem justa causa de preços é classificada como prática abusiva (art. 39, inc. X), sujeita a medidas administrativas como multa e suspensão do funcionamento do estabelecimento.

Não há, portanto, uma sanção para o administrador que toma essa decisão oportunista e que privilegia os interesses individuais dos investidores em sacrifício aos interesses coletivos. As penalidades são de cunho administrativo e incidem sobre a empresa, e não sobre o administrador que descumpra seu dever de lealdade para com a coletividade.

Já as medidas penais previstas na legislação, que poderiam coibir esses comportamentos abusivos, não têm sido aplicadas na prática como consequências concretas impostas aos oportunistas de plantão.

Nesse sentido, analisando os julgados proferidos durante o período compreendido entre março de 2020 e junho de 2022 pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF), não se identificou nenhum que envolva condenação criminal por aumento abusivo de preços.¹⁶¹

Mesmo quando a pesquisa é ampliada para os últimos 10 anos no âmbito do TJRJ e do TJMG, para tentar capturar eventuais casos ocorridos no contexto das

¹⁶¹ Foram utilizadas como critério de pesquisa as seguintes expressões e palavras: “aumento abusivo + preço + pandemia” e “aumento de preços”, para o período compreendido entre 2020 e 2022, e “aumento abusivo” e “aumento de preços + crime” para os últimos 10 anos.

enchentes sofridas pela região serrana do estado do Rio de Janeiro e por ocasião do rompimento das barragens de Mariana e Brumadinho, não foi identificado nenhum caso envolvendo condenações criminais por aumento abusivo de preços.

Esse contexto demonstra a importância da correta compreensão do princípio da função social da empresa, de modo que as decisões empresariais abusivas e oportunistas caracterizem violação a esse princípio, a ensejar consequências para os administradores que atuem em contradição aos princípios e valores constitucionais.

É o que será abordado a seguir.

3.3 A proposta de inabilitação do empresário pela violação da função social da empresa

A importância da função social da empresa, em todas as suas dimensões, já foi densamente explorada ao longo do presente trabalho.

A função social da empresa, conforme já mencionado, tem o relevante papel de reumanização da economia,¹⁶² conciliando autonomia e solidariedade, livre iniciativa e justiça social. Trata-se, assim, de relevante princípio, que procura contemplar a intersubjetividade dos direitos e promover a harmonia social.

Entretanto, ainda que a Constituição Federal de 1988 a legislação infraconstitucional tenha avançado no sentido de atribuir eficácia normativa ao princípio da função social da empresa, concebendo-o como norma de aplicação cogente, não se identifica atualmente no ordenamento jurídico grandes consequências para a sua violação.

Uma das maiores dificuldades para a aplicação de sanções concretas pelo descumprimento da função social da empresa decorre do fato de se tratar de uma cláusula aberta, de conteúdo indeterminado.

Esse talvez seja um dos maiores desafios para que se tenha uma aplicação prática do princípio, “já que as cláusulas gerais que orientam a conduta de controladores e administradores ao cumprimento da função social da empresa não vêm acompanhadas dos deveres e das consequências concretas do descumprimento destes últimos.” (FRAZÃO, 2011, p. 244).

¹⁶² LAMY FILHO, 1992, p. 59.

Afora as medidas promocionais que decorrem da função social da empresa e que são claramente previstas pelo legislador – por exemplo, as leis que estabelecem a “meia-entrada” para estudantes em eventos culturais e esportivos –, e que se descumpridas poderão acarretar consequências concretas para as empresas, não há no ordenamento jurídico a definição de um rol de situações que se caracterizem como violadoras deste princípio.

E não poderia ser diferente. Ainda que essa abertura possa gerar certo grau de insegurança jurídica e dificultar a aplicação prática desse tão importante princípio, ela se revela necessária para que se possa abarcar as mais vastas possibilidades de sua violação.

Com efeito, dada a complexidade da gestão empresarial, seria impossível o legislador prever em um rol taxativo todas as hipóteses que caracterizem a violação da função social da empresa. Daí a necessidade de utilização das cláusulas gerais, de maneira a possibilitar ao intérprete uma margem de apreciação mais ampla do que aquela existente na aplicação das regras jurídicas.¹⁶³

Porém, é preciso cuidar para que essa flexibilidade conferida às cláusulas gerais não se caracterize como um óbice para a sua aplicação concreta.¹⁶⁴

Nesse contexto, cabe à doutrina e à jurisprudência, a partir da avaliação de casos concretos, densificar a função social da empresa, apontando situações em que não reste dúvida quanto à transgressão de importante comando constitucional. E é necessário mais do que isso. Para além de se evoluir na aplicação prática da função social da empresa, identificando-se hipóteses claras em que se considere incorrida a sua violação, é preciso que o ordenamento jurídico aponte as consequências práticas desse descumprimento.¹⁶⁵

¹⁶³ FRAZÃO, 2011, p. 243.

¹⁶⁴ Como adverte Frazão (2011, p. 243), “[...] a excessiva flexibilidade das cláusulas gerais pode se transformar em óbice considerável para a sua eficácia prática, ainda mais quando se referem a princípio constitucional que, como é o caso da função social da empresa, é extremamente amplo e controverso. Tanto é assim que a *Gemeinwohlklausel* (cláusula do bem comum) mostrou-se completamente ineficaz no direito alemão, do que decorreu a sua ‘substituição’ pelo regime da co-gestão”.

¹⁶⁵ Nessa linha, Comparato e Salomão Filho (2005, p. 559) advertem que “a efetivação dessas responsabilidades próprias do controlador [e do administrador], para com os trabalhadores e a comunidade em geral, implica a edição de regras adequadas e remédios jurídicos apropriados, não bastando o enunciado do princípio”.

Caso contrário, a função social da empresa ficará relegada ao campo teórico, de interpretação do direito, sem grandes consequências práticas a serem percebidas pela sociedade em geral.

Como adverte Pereira (2015, p.10),

A observância obrigatória da função social da empresa ainda é insipiente, traduzindo-se em norma jurídica imperfeita, isto é, cujo inadimplemento não acarreta qualquer consequência jurídica. Desta forma, na terminologia da ciência política, alguns doutrinadores entendem se tratar de mera válvula de escape psicossocial, visto que concretamente não representam a efetiva realização da função social da empresa, apesar da impressão de ter solucionado o problema.

Diante desse cenário, visando contribuir com esse processo de conferir concretude à função social da empresa, defende-se que comportamentos oportunistas perpetrados por sociedades empresárias em situações de emergência social sejam compreendidos como exemplos claros de descumprimento deste princípio, a importar na aplicação de sanções civis e administrativas para os administradores.¹⁶⁶

Trata-se de situações como as vivenciadas durante a pandemia da covid-19, nas quais foram verificadas a adoção de condutas oportunistas por diversas sociedades empresárias, que tinham como objetivo lucrar com o aumento abusivo dos preços de bens e serviços.

Foram inúmeros os casos divulgados na imprensa sobre o aumento desproporcional e desarrazoado, por exemplo, de itens de proteção individual dos profissionais da saúde, como luvas e máscaras. A caixa de luvas hospitalares com 100 unidades que custava R\$ 19 passou a custar R\$ 145.¹⁶⁷

Outro triste exemplo se deu quando do rompimento de duas barragens da empresa Samarco em Mariana, Minas Gerais. Toneladas de lama vazaram, acarretando um desastre ambiental que ocasionou diversas mortes, além de afetar o abastecimento de mais de 500 mil pessoas. Mesmo diante da triste, dolorosa e difícil

¹⁶⁶ Embora a doutrina reconheça a possibilidade de tratamento conjunto da responsabilidade civil dos controladores e administradores – nesse sentido, remete-se o leitor para a obra de Frazão (2011, p. 248) –, será dado enfoque no presente trabalho à responsabilização do administrador.

¹⁶⁷ Disponível em: <https://g1.globo.com/mt/mato-grosso/noticia/2021/03/11/preco-de-itens-de-biosseguranca-aumenta-ate-663percent-durante-a-pandemia-da-covid-19-dizem-comerciantes.ghtml>. Acesso em: 20 jun. 2022.

situação pela qual passava a comunidade local, comerciantes aumentaram o preço dos galões de água de 20 litros de R\$ 8 para R\$ 20.¹⁶⁸

Essa mesma prática também foi identificada durante as enchentes ocorridas na Região Serrana Fluminense em 2011, quando comerciantes passaram a cobrar R\$ 45 por um galão de água de 5 litros e R\$ 10 por um maço de velas que custava R\$ 1,50.¹⁶⁹

Outro interessante exemplo de comportamento oportunista identificado durante a pandemia do covid-19 se deu na Alemanha.¹⁷⁰

Foi editada no país uma lei – denominada *Lei para Amenização dos Efeitos da Pandemia da covid-19 no Direito Civil, Falimentar e Processual Penal (Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht)* – que proibia os proprietários de imóveis residenciais e comerciais a requerer o despejo ou a extinção da locação por falta de pagamento dos aluguéis, durante o período compreendido entre 1º de abril e 30 de junho de 2020.

Com base nessa proteção legal, que claramente foi elaborada com o objetivo de preservar a moradia das pessoas físicas ou evitar o fechamento de negócios que foram brutalmente afetados pela pandemia, empresas de grande porte, como Adidas, Puma e H&M anunciaram que suspenderiam o pagamento de seus aluguéis comerciais, em razão da redução dos lucros ocasionada pela pandemia.

A comunidade alemã reagiu de maneira enfática, recriminando a postura dessas empresas, classificando-as como egoísta e antissolidária.

A Ministra da Justiça alemã, Christine Lambrecht, se pronunciou sobre o caso, dizendo que o objetivo da lei era o de ajudar apenas as empresas que realmente não tinham condições de arcar com os pagamentos dos aluguéis, e não aquelas que

¹⁶⁸ Informação extraída de notícia divulgada pelo site Reclame Aqui. Disponível em: Comerciante que vender água mineral por valor abusivo será preso em Governador Valadares - Reclame Aqui Notícias. Acesso em: 12 jun. 2022.

¹⁶⁹ Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/01/16/em-nova-friburgo-galao-de-agua-chega-a-r-45-e-caixa-de-leite-custa-r-10.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 12 jun.2022.

¹⁷⁰ O caso foi narrado pela professora Karina Fritz em sua coluna no site Migalhas (FRITZ, Karina Nunes. *Lei alemã para amenização dos efeitos do coronavírus altera temporariamente o direito de locação*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/323138/lei-alema-paraamenizacao-dos-efeitos-do-coronavirus-altera-temporariamente-o-direito-de-locacao>. Acesso em: 10 jun. 2022).

só estavam preocupadas com a redução de seus lucros; sobretudo considerando o aumento exponencial das vendas on-line que essas empresas tiveram.

E completou a Ministra, afirmando que aquela lei não poderia ser usada para fundamentar o comportamento abusivo dessas empresas.

Diante da grande pressão pública, a Adidas voltou atrás e afirmou que não suspenderia o pagamento aos locadores pessoas físicas, mas apenas os aluguéis devidos a imóveis pertencentes a grandes fundos imobiliários e seguradoras.

Também na Europa, no Reino Unido, a *UK Competition and Markets Authority* (CMA) recebeu, entre março e novembro de 2020, mais de 115.000 reclamações de consumidores.¹⁷¹ Mais de 15.000 dessas queixas diziam respeito a aumentos abusivos de preços, principalmente relacionados a produtos alimentares, medicamentos e produtos de higiene, como álcool em gel e rolos de papel higiênico.

Em 9 de março de 2020, a *US Consumer Brands Association*, associação que representa grandes marcas como Bayer e Colgate-Palmolive, escreveu uma carta ao Procurador-Geral dos EUA William Barr, solicitando que o Departamento de Justiça norte-americano impedisse comerciantes de implementar aumentos abusivos nos preços dos principais itens necessários à prevenção do coronavírus, como máscaras e álcool em gel.¹⁷²

Todos esses exemplos descrevem situações que se caracterizam pelo oportunismo e pela avareza, em momentos de inequívoca vulnerabilidade social, nas quais o administrador opta por priorizar apenas o lucro, penalizando os interesses coletivos.

As situações de emergência social, como as narradas, impõem a todos o dever social de mútua assistência, não podendo ser percebidas como uma oportunidade para que aqueles que se julgam mais espertos se beneficiem, em prejuízo de toda a coletividade, colocando-a em risco.

O administrador que assim atua descumpra seu dever de observar a função social da empresa e caminha na direção oposta da solidariedade e de um desempenho justo da atividade empresária. Destarte, em vez de cumprir os ditames da justiça social, conforme preconiza o art. 170 da Constituição Federal de 1988,

¹⁷¹ Informações extraídas do artigo elaborado por Fung, Diretor Assistente do CMA; e por Roberts, Professor da Universidade de Johannesburgo (2021, p. 734-745).

¹⁷² Disponível em: [Group Calls For Action Against Price Gouging | PYMNTS.com](https://www.pymnts.com/group-calls-for-action-against-price-gouging/). Acesso em: 14 jun. 2022.

age de forma extremamente injusta e egoísta para com a comunidade da qual se serve.

Como adverte Campos (2020, p. 149), “o comportamento do empresário, ainda que voltado para sua finalidade lucrativa – finalidade precípua do empresário –, não pode ser nocivo à coletividade”.

Assim, esses comportamentos empresariais oportunistas, em momentos de inequívoca vulnerabilidade social, devem ser coibidos pelo ordenamento jurídico.

O aumento arbitrário dos lucros já é coibido pelo direito penal, constituindo infração à ordem econômica (art. 36, III, da Lei nº 12.529/2011) e crime contra a economia popular (art. 3º, VI, da Lei nº 1.521/1951).

Cabe ao direito civil também coibir atitudes abusivas e oportunistas perpetradas pelos administradores de empresas, em verdadeiro ataque aos interesses coletivos e aos princípios e valores socialmente relevantes.

E essa coibição pelo direito civil, como já se advertiu anteriormente, não deve se dar apenas com a proibição imposta ao fornecedor de produtos ou serviços, prevista no art. 39, inc. X, do Código de Defesa do Consumidor, de elevar, sem justa causa, o preço de produtos ou serviços.

Sobretudo porque essas infrações previstas no Código de Defesa do Consumidor implicam em consequências administrativas, como a imposição de multa, por exemplo, que afetam à sociedade empresária e não os gestores.

Assim, a resposta do direito civil precisa atingir também a conduta dos gestores que adotam esse tipo de decisão oportunista lesiva aos interesses coletivos, gerando consequências concretas para o(s) administrador(es) responsável(is) por essas decisões.

Como adverte Campos (2020, p. 140),

Os empresários devem também, no exercício da empresa, buscar a promoção da dignidade humana, cumprindo sua respectiva função social, razão pela qual os comportamentos oportunistas, especialmente em momentos de crises econômicas, merecem resposta do direito.

Nesse sentido, essas decisões oportunistas e abusivas perpetradas por sociedades empresárias em momentos de emergência social devem ser consideradas como violadoras da função social da empresa, compreendida de acordo com as dimensões exploradas no Capítulo II, sobretudo na dimensão condicionadora.

Com efeito, ao adotar decisões oportunistas e abusivas em situações de emergência social, o administrador viola o princípio da função social da empresa, na medida em que busca a realização dos interesses individuais do empresário e investidores por meio de medidas lesivas à sociedade.

O administrador que assim atua fere o dever de considerar em suas decisões os interesses coletivos, harmonizando-os com os interesses individuais dos empresários.

E mais, em vez de promover por intermédio do exercício da atividade empresária a dignidade humana e os demais princípios e valores constitucionais, adota comportamentos egoístas, mesquinhos e antissolidários, violando claramente o princípio da função social da empresa¹⁷³.

Nesse sentido, Campos (2020, p. 156) conclui que

[...] o comportamento oportunista de agente econômico não se limita à violação da boa-fé. Configura ainda violação à função social da empresa, que impõe ao empresário uma atuação que busque compatibilizar interesses individuais, notadamente o lucro, com interesses da comunidade em que a atividade econômica é exercida. Verifica-se, assim, que o comportamento oportunista é incompatível com a função social da empresa, cuja observância é imposta pelo ordenamento ao agente econômico.

E a partir do momento em que se considera que esses comportamentos oportunistas em situações de calamidade ferem a função social da empresa, restará caracterizada a violação do dever imposto aos administradores pelo art. 154 da Lei das S/A de, ao gerirem a empresa, observarem tal princípio.

Nesse sentido, o artigo 154 da Lei das S/A é claro ao prever ser dever do administrador exercer suas atribuições “para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”.

Com isso, descumprindo a função social da empresa, terá o administrador violado o dever imposto pelo art. 154 da Lei das S/A aos administradores na condução da empresa, devendo ser responsabilizados por essa violação. Principalmente pelo fato de que a violação a esse dever pode causar graves impactos

¹⁷³ No campo contratual, Campos (2020, p. 146) aponta que o agente econômico que se aproveita de uma situação de crise econômica para se beneficiar em processo de renegociação contratual viola o princípio da função social da empresa. Nesse sentido, a autora menciona: “Assim, quando o agente econômico, sobretudo em uma situação de crise econômica, ‘procura aproveitar-se, à custa da outra parte, do processo de renegociação’ de um contrato, na tentativa de majorar lucros ou impedir perdas, age não somente de forma abusiva e/ou contrária à boa-fé. Age também em clara inobservância a função social da empresa”.

para a coletividade, colocando inclusive vidas em risco, com repercussões que extrapolam a esfera privada do empresário e acionistas.

Abre-se, assim, um importante fundamento para a responsabilização dos administradores que assim atuam. E essa responsabilização poderá se dar no âmbito civil e no âmbito regulatório.¹⁷⁴

Vale destacar que a possibilidade de responsabilização do administrador por violação à função social da empresa é tema ainda pouco explorado pela doutrina e jurisprudência pátria.

Talvez tal fato decorra justamente do conceito limitado de função social da empresa, que ainda é empregado hoje de forma majoritária pela doutrina e jurisprudência, centrado nos efeitos socioeconômicos gerados pelas sociedades empresárias.

De qualquer sorte, sendo a harmonização dos interesses individuais do empresário, sócios e acionistas com os interesses coletivos um dever a ser observado pelos administradores, imposto pela função social da empresa, “é perfeitamente enquadrável como reprovável a conduta daquele que exerce o seu direito sem as cautelas necessárias para a preservação dos iguais direitos dos demais cidadãos e dos princípios constitucionais” (FRAZÃO, 2011, P. 225).

Em outras palavras, o princípio da função social da empresa, ao modificar a ideia de interesse da empresa – passando a exigir a observância também dos interesses coletivos –, repercute na esfera de responsabilização civil dos administradores, de forma a “considerar abusivas decisões que, de forma dolosa ou desarrazoada, não atendam aos deveres de proteção e cuidado que se projetam sobre os demais interesses que compõem o interesse social” (FRAZÃO, 2011, p, 401).

Assim, o administrador que descumpra a função social da empresa, adotando comportamento oportunista em situação de emergência social, age de forma abusiva,¹⁷⁵ nos termos do art. 187 do Código Civil, devendo, portanto, responder civilmente pelos seus atos.

¹⁷⁴ A responsabilização civil dos administradores é tema complexo, que não será analisado de forma aprofundada no presente trabalho. Para uma exposição mais completa, remetemos o leitor interessado a Frazão (2011).

¹⁷⁵ Vale ressaltar que a vedação ao abuso da livre iniciativa empresarial se projeta igualmente sobre o poder de controle e os poderes de administração.

Porém, nesse caso, fica a pergunta: quem seria o autor dessa ação de responsabilidade civil? O Ministério Público, por envolver interesses difusos e coletivos?

Sobre o tema, Comparato e Salomão (2005, p. 371-372) observam:

Ora, essa clara afirmação da supremacia dos interesses comunitários e nacionais, quando entra em conflito ao escopo lucrativo da companhia, aparece em nosso direito despida do necessário aparelhamento de aplicação e eficácia. [...] Pois, se o titular desses interesses comunitários e nacionais transborda largamente ao círculo empresarial, quem tomará a iniciativa de defendê-los e com que tipo de ação? Certamente não os acionistas, mesmo os minoritários ou não controladores. Na formulação legal do mecanismo da responsabilidade civil, houve a definição de novos interesses protegidos [...]. Mas não houve a indispensável designação do agente legitimado a agir em prol do bem público.

Não obstante as interessantes ponderações feitas pelos ilustres autores, entende-se que a legitimidade processual nesses casos para a propositura da ação judicial visando à reparação dos danos pode ser conferida ao Ministério Público.

Isso porque o descumprimento da função social da empresa implica na violação a interesses socialmente relevantes, amparados pela Constituição Federal, os quais cabem ao Ministério Público zelar e proteger.¹⁷⁶

Mas além de permitir a responsabilização civil dos gestores, a caracterização dos comportamentos empresariais oportunistas perpetrados em momentos de grande vulnerabilidade social como hipóteses de descumprimento da função social representa importante contribuição do direito civil para a possibilidade de aplicação de consequências para os administradores também no ambiente regulatório.

Isso porque, a partir do momento em que se reconhece a função social da empresa como condicionadora da atividade empresarial, exigindo dos administradores que o lucro seja perseguido na legalidade constitucional, o direito civil oferece o fundamento para a possível inabilitação do administrador que toma decisões oportunistas lesivas à coletividade em situações de calamidade.

A inabilitação do administrador é uma das sanções previstas no art. 11 da Lei nº 6.385/1976, que pode ser aplicada pela CVM aos administradores que descumprem a Lei das S/A.

¹⁷⁶ Nesse sentido, o art. 1º da Lei Complementar nº 40/1981 é claro ao prever que o Ministério Público é responsável “pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis”.

Dessa forma, uma vez compreendido que o administrador que adotou comportamento oportunista em situações de emergência social não observou a função social da empresa, ele terá violado dever previsto no art. 154 da Lei das S/A, estando sujeito, assim, às penalidades previstas no art. 11 da Lei nº 6.385/1976, que vão, desde a aplicação de advertência e multa (incs. I e II) até a inabilitação temporária, pelo prazo máximo de 20 (vinte) anos, para o exercício de cargo de administrador ou de conselheiro fiscal de companhia aberta (inc. IV).

Nesse contexto, em um primeiro momento, nos casos de descumprimento da função social da empresa pela adoção de comportamentos oportunistas em situação de calamidade social, poderá a CVM advertir o administrador e aplicar-lhe multa.

Entretanto, em caso de reincidência, verificando-se que esse administrador descumpriu novamente a função social da empresa em situação de emergência social, poderá a CVM considerá-lo inabilitado para sua função.¹⁷⁷

Perceba que, nesses casos, o administrador demonstra claramente que não está apto a conduzir uma empresa conforme os ditames constitucionais, já que desconsidera os interesses coletivos e viola os princípios e valores previstos na carta constitucional.

No momento em que a comunidade na qual aquela sociedade empresária está inserida mais precisa de uma atuação justa e responsável, de um exercício solidário da empresa, o administrador atua em sentido oposto.¹⁷⁸ E mais: repete esse tipo de conduta egoísta e gananciosa.

Ora, se a livre iniciativa merece proteção constitucional justamente pelo reconhecimento de seu valor social, quando o administrador atua na contramão dos interesses sociais, ele demonstra claramente não estar habilitado para conduzir uma sociedade empresária, pois desconhece o princípio básico que confere legitimidade à livre iniciativa.

Essa possibilidade de inabilitação do administrador é bastante importante, na medida em que confere grave consequência para aqueles que conduzem a empresa na direção oposta à promoção dos princípios e valores constitucionais. E mais:

¹⁷⁷ O § 3º do art. 11 da Lei 6.385/76 prevê que a inabilitação do administrador poderá ser aplicada nos casos de infração grave, assim definidas em normas da CVM, ou nos casos de reincidência.

¹⁷⁸ Não é por outra razão que, na esfera penal, o cometimento de crime em situação de calamidade pública configura circunstância que impõe o agravamento da pena – art. 61, II, “j”, do Código Penal. A reprovabilidade nesses casos é sem dúvida maior.

permite a aplicação de uma sanção que não pode ser neutralizada por meio de acordos de indenização ou coberturas securitárias.

As consequências financeiras decorrentes de uma responsabilização civil do administrador podem ser – e têm na prática sido – facilmente contornadas por meio de políticas de seguro e indenização que as empresas oferecem aos seus administradores.¹⁷⁹

Por isso, muitas vezes, na prática, a responsabilização civil do administrador acaba não conseguindo ter uma eficácia punitiva relevante sobre a pessoa do gestor.

Assim, pela escancarada violação aos princípios e valores constitucionais que esses comportamentos empresariais oportunistas carregam, é importante que a resposta do ordenamento jurídico seja a mais eficiente possível.

¹⁷⁹ Sobre essa situação, Frazão (2011, p. 245) adverte que, “com efeito, a prática empresarial vem mostrando que os gestores facilmente transferem o risco da sua responsabilidade pessoal para a companhia, por meio de acordos de indenização ou seguros, aspecto que já faz parte da realidade brasileira”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do conceito de função social de empresa hodiernamente predominante na doutrina e jurisprudência nacionais demonstra a necessidade de sua releitura sob a óptica civil-constitucional, de forma a abranger outras dimensões além da vertente que hoje o caracteriza, primordialmente atrelada ao pagamento de tributos, geração de empregos e circulação de riquezas.

A partir da transição filosófico-jurídica vivenciada com a evolução do Estado Liberal para o Estado Social e da nova abordagem que se conferiu à autonomia privada com base nos ideais de solidariedade social, a liberdade individual e a propriedade deixaram de ser compreendidas como direitos absolutos, ilimitados e imunes a qualquer interferência estatal.

A proteção e a satisfação dos interesses privados deixam de ser as únicas finalidades dos institutos jurídicos, que passam a assumir também um papel promocional dos interesses sociais. Reconheceu-se que a vida em sociedade demanda a conciliação dos interesses individuais com os coletivos, culminando no processo de funcionalização dos institutos jurídicos.

A partir desse movimento, os institutos jurídicos passaram a ser compreendidos a partir de seus efeitos essenciais, buscando-se, assim, a compreensão da função que aquele instituto desempenha no ordenamento jurídico.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988, ao erigir a dignidade humana como vértice axiológico do ordenamento jurídico brasileiro, apontou um sentido único, o paradigma que deve nortear todos os institutos jurídicos.

Com isso, institutos de direito civil, como a empresa, foram funcionalizados à promoção da dignidade humana. Ocorre um processo de funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais, e é nesse contexto que a função social da empresa deve ser compreendida.

Sob essa perspectiva, é inevitável concluir que a função social da empresa não se esgota na criação de empregos, no pagamento de tributos e no respeito às normas consumeristas e ambientais.

A função social da empresa não pode ser considerada completa tão somente com o cumprimento dessas obrigações. Nem mesmo quando associadas a medidas de responsabilidade social que representem contribuições voluntárias da empresa para questões sociais relevantes.

Na verdade, a função social de uma empresa está atrelada a uma ideia maior, mais abrangente, que consiste na condução da atividade empresária orientada para a promoção dos princípios e valores constitucionais.

A partir dessa compreensão, atribuem-se outras dimensões à função social da empresa, essenciais para a promoção da dignidade humana, além da já tão consagrada dimensão socioeconômica: a dimensão condicionadora e a dimensão promocional.

A dimensão condicionadora da função social da empresa traduz a importância de se considerar os princípios e valores constitucionais como critérios legitimadores do lucro empresarial.

A obtenção do lucro e a consequente satisfação dos interesses privados está, portanto, condicionada ao exercício justo da atividade empresarial. E por exercício justo da atividade empresarial deve-se compreender a condução da empresa orientada e pautada pelos princípios e valores constitucionais, com o objetivo de atender aos interesses individuais do empresário, acionistas e dos demais *stakeholders*, incluindo a coletividade. Do que decorre, entre outras obrigações, o dever de não causar danos à coletividade.

Já a dimensão promocional aponta para a compreensão da função social da empresa como princípio que impõe deveres positivos aos empresários e administradores para a realização da justiça social e promoção da dignidade humana.

Haveria, assim, uma obrigação de que as empresas adotem ações distributivas, destinando parcela de seu patrimônio para o atendimento dos interesses sociais e à realização da justiça social.

Tal dimensão também funciona como fundamento de validade para decisões empresariais que, em determinadas circunstâncias e respeitados alguns requisitos, priorizam os interesses coletivos em detrimento da maximização do lucro.

São decisões como reduzir momentaneamente o lucro ou não o maximizar, em razão de algum fator externo à empresa, mas necessário para a coletividade em determinadas situações, como de calamidade ou emergência social, por exemplo.

Importante esclarecer que não se propõe, a partir dessa vertente, que os administradores sejam obrigados a tomar decisões nessas situações que priorizem os interesses coletivos em lugar dos interesses individuais do empresário; o que se pretende é legitimar decisões que tenham esse viés.

Assim, os administradores, vigilantes ao dever que decorre da função social da empresa de conciliar os interesses individuais dos sócios e investidores com os interesses coletivos, poderão entender necessário adotar medidas que privilegiem os interesses da coletividade, em detrimento da obtenção do lucro ou de sua maximização, e precisarão estar autorizados pelo ordenamento jurídico a atuar dessa forma.

É importante esclarecer que a ideia é não é promover uma publicização da empresa, tampouco uma supremacia da função social da empresa sobre a livre iniciativa; a proposta é de compatibilização e equilíbrio entre ambos os princípios.

Nesse sentido, o que essa dimensão da função social da empresa impõe é que o administrador, na condução dos negócios, avalie qual o papel da empresa naquela situação e a melhor forma de atender ao interesse coletivo.

O administrador tem a obrigação, portanto, de avaliar o papel que aquela sociedade empresária tem a desempenhar no caso concreto, mas as medidas que serão implementadas pela empresa estão inseridas no âmbito da avaliação interna dos administradores (*business judgment rule*), em verdadeiro processo de conciliação entre o dever de lealdade e o dever de diligência. E nesse exercício, o limite para a legalidade das decisões dos administradores é a ausência de prejuízo para a empresa. Caso contrário, essa dimensão da função social da empresa acabaria colidindo com a dimensão socioeconômica, colocando em risco a própria preservação da empresa.

A ideia é de harmonização, e não de penalização. Harmonização essa que em muitos casos não foi percebida ao longo dos períodos mais críticos da pandemia da covid-19.

Nesse sentido, foram diversas as notícias veiculadas na mídia de abusos cometidos pelas sociedades empresárias durante essa grave crise sanitária. E, nesse contexto, a correta compreensão do princípio da função social da empresa se revela fundamental para coibir decisões empresariais abusivas e oportunistas, ensejando consequências concretas para os administradores que atuem em contradição aos princípios e valores constitucionais.

Com efeito, a partir do momento em que se considera que esses comportamentos oportunistas em situações de calamidade ferem a função social da empresa, restará caracterizada a violação do dever imposto aos administradores pelo art. 154 da Lei das S/A de, ao gerirem a empresa, observarem a sua função social.

Surge, a partir daí, um importante fundamento para a responsabilização dos administradores que assim atuam. E essa responsabilização poderá se dar no âmbito civil, nos termos do art. 187 do Código Civil, como também no âmbito regulatório, a partir da aplicação pela CVM das sanções previstas no art. 11 da Lei nº 6.385/1976, que vão, desde a aplicação de advertência e multa (incs. I e II) até a inabilitação temporária, pelo prazo máximo de 20 (vinte) anos, para o exercício de cargo de administrador ou de conselheiro fiscal de companhia aberta (inc. IV).

Nesse contexto, com fundamento na violação do princípio da função social da empresa, poderá a CVM em tais hipóteses advertir o administrador, aplicar-lhe multa ou, em casos de reincidência, considerá-lo inabilitado para sua função.

Vale destacar que nesses casos o administrador demonstra claramente que não está apto a conduzir uma empresa conforme os ditames constitucionais, já que desconsidera os interesses coletivos e viola os princípios e valores previstos na carta constitucional.

No momento em que a comunidade na qual aquela sociedade empresária está inserida mais precisa de uma atuação justa e responsável, de um exercício solidário da empresa, o administrador atua em sentido oposto. E mais: repete esse tipo de conduta egoísta e gananciosa.

Ora, se a livre iniciativa merece proteção constitucional justamente pelo reconhecimento de seu valor social, quando o administrador atua na contramão dos interesses sociais, ele demonstra claramente não estar habilitado para conduzir uma sociedade empresária, pois desconhece o princípio básico que confere legitimidade à livre iniciativa.

Essa possibilidade de inabilitação do administrador é bastante importante, na medida em que confere grave consequência para aqueles que conduzem a empresa na direção oposta da promoção dos princípios e valores constitucionais. Consequência essa que não pode ser contornada por meio de políticas de seguro e indenização que as empresas oferecem aos seus administradores, como normalmente acontece com as sanções pecuniárias.

A função social da empresa se apresenta, assim, como importante fundamento para a aplicação de sanções aos administradores que caminham na direção oposta aos princípios e valores constitucionais.

Dessa forma, em razão de todos os aspectos destacados ao longo do presente trabalho, é imperioso que o princípio da função social da empresa seja revisto sob

uma óptica civil-constitucional, de maneira a ensejar a conciliação dos interesses do empresário com os da coletividade, a fim de promover a tão desejada e hoje ainda distante harmonia social.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, L. DA S.; NÓBREGA, M. P.; SILVA, S. DO N.; QUEIROGA, A. X. M. de; MARACAJÁ, P. B. A aplicação do princípio da função social da empresa frente ao desenvolvimento sustentável. *Revista Verde de Agroecologia e Desenvolvimento Sustentável*, v. 7, n. 4, p. 28-56, 2012.

ASSIS, Francisco de; MARIGHETTO, Andreas. A função social da empresa, do empresário e das relações empresariais. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-26/opinia-o-funcao-social-empresa-empresario-relacoes-empresariais>. Acesso em: 29 set. 2021.

BARROSO, Luiz Roberto. 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.

BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BRUNA, Sérgio Varella. *O Poder Econômico e a conceituação do abuso em ser exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BRUSCATO, Wilges. Há espaço para a dignidade humana no direito empresarial: uma contribuição brasileira. In: SÁ, Maria de Fátima de; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI, Beatriz (org.). *Novos direitos privados*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 214-238.

CAMPOS, Aline França. O comportamento oportunista e a função social da empresa. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*, PPGDir./UFRGS, Ed. Digital, Porto Alegre, v. XV, n. 2, p. 138-160, 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Novo manual de direito comercial: direito de empresa*. 30. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, v. 732, p. 38-46, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DE PIETRO, Josilene Hernandes Ortolan. A Dimensão Constitucional da Atividade Empresarial. In: CONPEDI/ UNICURITIBA (org.). LIMA, Sandra Mara Maciel; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho; RIBAS, Lídia Maria (coord.). *Sustentabilidade econômica e social em face à ética e ao direito*. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 60-74. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5f8b73c0d4b1bf60>. Acesso em: 16 set. 2021.

DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*. Traducido del francés por Adolfo G. Posada y Ramon Jaen y Carlos G. Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARAH, Eduardo Teixeira. A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Função social e função ética da empresa. *Revista Jurídica da UniFil*, ano II, n. 2, p. 67-85, 2005.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; MENEZES, André Francisco Cantanhede de. Empresa, empresário e estabelecimento. *RBDCivil*, v. 22, n. 4, p. 33-53, out./dez. 2019.

FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

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

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

FRAZÃO, ANA. Liberdade econômica para quem?: A necessária vinculação entre a liberdade de iniciativa e a justiça social. In: SALOMÃO, Luís Felipe; CUEVA, Ricardo; FRAZÃO, Frazão (org.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 89-121.

FRAZÃO, Ana. O interesse social das companhias: perspectivas e desafios diante do capitalismo de Stakeholders e dos investimentos ESG. *In: CERBINO, Grasiela; MACHADO, Gustavo; GARCIA, José Romeu (org.). Revista de Direito das Sociedades e dos valores mobiliários*. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2021, v. 1, p. 79-109.

FRAZÃO, Ana. A função social da empresa na Constituição de 1988. *In: VIEGAS, Frederico (Org.). Direito civil contemporâneo*. Brasília, DF: Obscursos, 2009. p. 11-42.

FRITZ, Karina Nunes. Lei alemã para amenização dos efeitos do coronavírus altera temporariamente o direito de locação. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/323138/lei-alema-paraamenizacao-dos-efeitos-do-coronavirus-altera-temporariamente-o-direito-de-locacao>. Acesso em: 10 jun. 2022.

FUNG, San Sau; ROBERTS, Simon. Covid-19 and The Role of a Competition Authority: The CMA's Response to Price Gouging Complaints. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 12, n. 10, p. 734-745, 2021.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Atualizador Humberto Theodoro Junior. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HELD, Jacob. As regras de aquisição não podem ajudá-lo agora: o que os Ferengi nos ensinam sobre a ética nos negócios. *In: EBERL, Jason T.; DECKER, Kevin S. Star Trek e a filosofia: a ira de Kant*. Tradução de Ana Death Duarte. São Paulo: Madras, 2010, p. 135-147.

LAMY FILHO, Alfredo. A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização. *Revista de Direito Administrativo*, n. 190, p. 54-60, 1992.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e propriedade: função social e abuso do poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A função social e a responsabilidade social da empresa. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, [Minas Gerais], 13. ed., 2008. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/PDF-D13-11.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2022.

MARINHO, Maria Proença. *Frustração do fim do contrato*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

MATIAS, João Luis Nogueira. A propriedade e a ética empresarial: a distinção entre a função social da empresa e a teoria da social responsibility. *In: MATIAS, João Luis Nogueira; WACHOWICZ, Marcos (org.). Direito de propriedade e meio ambiente: novos desafios para o século XXI*. 1. ed. Florianópolis: Boiteux, 2010, v. 1, p. 10-30.

MELO, João Osório. Lei que proíbe manipulação de preços em estado de emergência é violada nos EUA. 2016, p. 1. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-22/lei-proibe-manipulacao-precos-emergencia-violada-eua>. Acesso em: 1º abr. 2022.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, n. 65, p. 21-32, 1993.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos da personalidade: na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

NONES, Nelson. A função social da empresa: sentido e alcance. *Novos estudos jurídicos*, São Paulo, ano VII, n. 14, p. 113-136, abr. 2002.

NUNES, Mérces da Silva. *A função social da empresa: a indústria farmacêutica, os medicamentos de alto custo e doenças raras*. Orientadora: Maria Garcia. 2014. 197 p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

PEREIRA, Rafael Vasconcellos de Araujo. Função social da empresa. *Direitonet*, [s. l.], 11 abr. 2015. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1988/Funcao-social-da-empresa>. Acesso em: 19 set. 2021.

PEREZ, Viviane. *A função social da empresa: uma proposta de sistematização do conceito*. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coord.). *Temas de direito civil-empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 197-221.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil – constitucional*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2007.

PINTO JUNIOR, Mario Egler. A governança corporativa e os órgãos da administração. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Mauro Martins (coord.). *Gestão e controle*. São Paulo: Saraiva, 2008.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 5. ed. New York: Aspen law & business, 1998.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Cassio Monteiro; RÉGIS, Érick da Silva. Função social da empresa em tempos de crise: desafios à sua realização em virtude da pandemia da covid-19. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 25, p. 353-379, 2020.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo ano XXXIX, p. 95-101, jul./set. 2000.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos; MENDES, Eduardo Heitor. Função, funcionalização e função social. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Nelson Carlos (org.). *Direito Civil Constitucional*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 97-124.

SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. In: KONDER, Carlos Nelson; SCHREIBER, Anderson (coord.). *Direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Atlas, 2016, p. 9-28.

SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira. Disponível em: <http://schreiber.adv.br/downloads/funcao-social-da-propriedade-na-pratica-jurisprudencial-brasileira.pdf>. Acesso em: 5 out. 2021.

SCHREIBER, Anderson. Princípios constitucionais versus liberdade econômica: a falsa encruzilhada do Direito Contratual brasileiro. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/332664/principios-constitucionais-versus-liberdade-economica--a-falsa-encruzilhada-do-direito-contratual-brasileiro>. Acesso em: 13 maio 2022

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed., rev. e atual. até a EC nº 71 de 2012. São Paulo: Malheiros, 2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018.

TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei nº 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do código civil. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUERVA, Ricardo Villas Boas; FRAZÃO, Ana (coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do Novo Código. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (org.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. A função social nas relações patrimoniais. Disponível em: https://www.academia.edu/30890621/A_fun%C3%A7%C3%A3o_social_nas_rela%C3%A7%C3%B5es_patrimoniais. Acesso em: 29 set. 2021.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e*

utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 395-405.

TEPEDINO, Gustavo. O princípio da função social no direito civil contemporâneo. O princípio da função social no direito civil contemporâneo. *In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, nº 54, p.141-154, out./dez. 2014.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Revista de Direito do Estado*, ano 1, n. 2, p. 37-53, 2006.

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

TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. *Revista dos Tribunais*, n. 810, p. 33-50, 2003.

VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.

ZIERO, Gabriel Webber. O conceito de conduta empresarial responsável à luz dos ordenamentos jurídicos brasileiro, internacional e transnacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 1.