



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

A FUNÇÃO SOCIAL E SEUS REFLEXOS SOBRE A EMPRESA

por

Marcelo Abreu dos Santos Tourinho

ORIENTADOR: Julian Fonseca Peña Chediak

2008.1

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE

JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO – BRASIL

A FUNÇÃO SOCIAL E SEUS REFLEXOS SOBRE A EMPRESA

por

MARCELO ABREU DOS SANTOS TOURINHO

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção
do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Julian Fonseca Peña Chediak

2008.1

AGRADECIMENTOS

Aos meus Pais, por todo o apoio e dedicação.

Ao meu orientador Julian Chediak, com quem tenho o prazer de aprender a cada dia, pela atenção, incentivo, compreensão e paciência.

Ao amigo João Accioly, pelo apoio e pelas ricas discussões e convivência.

À Carol, pelo amor, compreensão, dedicação e carinho.

A todos colegas de trabalho, pelos interessantes debates que são muito importantes na minha formação.

RESUMO

O presente trabalho visa estabelecer a relação entre Direito e Economia, analisando os principais aspectos da função social. Para tanto, iniciamos através de breve exposição acerca da evolução humana e uma crítica sobre como o direito permanece isolado das questões econômicas. Alertamos para o desprestígio que o livre mercado tem no ambiente jurídico e procuramos demonstrar sua importância para a alocação eficiente de recursos, ou seja, para o bem-estar. Demonstra-se, em seguida, como a lei pode interferir no mercado. Nesse sentido, buscamos evidenciar que as pessoas muito atentam para os efeitos pretendidos pelas leis, mas pouca atenção é dada a suas consequências. Vê-se também a importância da propriedade privada e dos contratos para que possa haver a atuação eficiente do mercado. Analisamos, brevemente, o surgimento da função social e modo como o instituto vem sendo tratado pela doutrina e jurisprudência sobre a propriedade e contratos. Opinamos no sentido de que o interesse público, a que doutrinadores pretendem submeter a função social, deve se pautar no interesse de mercado. Em seguida, tratamos da empresa e de suas características fundamentais segundo a teoria econômica. Finalmente, analisamos a função social da empresa, na forma como considerada pela doutrina pátria, e buscamos demonstrar suas consequências sobre trabalhadores, comunidades, meio-ambiente etc.

Palavras-chave

DIREITO & ECONOMIA – FUNÇÃO SOCIAL – PROPRIEDADE – CONTRATOS – MERCADO – INTERESSE PÚBLICO – INCENTIVOS – FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1 – FUNÇÃO SOCIAL – UMA NECESSÁRIA REFLEXÃO SOB A ÓTICA LEGAL E ECONÔMICA	10
1.1 – O isolamento do direito	13
1.2 – Utilização das cláusulas gerais e dos princípios	15
1.3 – Direito civil-constitucional	20
CAPÍTULO 2 – A IMPORTÂNCIA DO MERCADO – UMA PREMISSA INDISPENSÁVEL	25
2.1 – O mercado “injusto”	26
2.2 – O que é mercado?	29
2.3 – A Regulação do mercado	34
2.4 – Como as leis interferem no mercado?	38
2.5 – Propriedade, contratos e alocação eficiente de recursos	41
CAPÍTULO 3 – A FUNÇÃO SOCIAL	55
3.1 – A função social da propriedade	65
3.2 – A função social do contrato	75
CAPÍTULO 4 – A EMPRESA	90
4.1 – Contratualismo x Institucionalismo	93
4.2 – A empresa como conjunto de contratos	99
4.3 – Interesse público, ordem pública, bem-comum e afins	106
CAPÍTULO 5 – FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA	117
5.1 – Stakeholderismo	122
5.1.1 Interesse econômico nacional	125
5.1.2 – Interesses dos trabalhadores	129
5.1.3 – Interesse da comunidade	135
5.2 – Responsabilidade Social	138
5.3 – Função social no meio-ambiente	142
CONCLUSÃO	145
BIBLIOGRAFIA	150

INTRODUÇÃO

Admirável mundo este em que vivemos no qual se noticia um novo invento ou descoberta a cada minuto que passa. Os sofisticados meios de comunicação, capazes de nos trazer informações em abundância e alta velocidade, revelam nitidamente a evolução tecnológica do homem e seu avanço nos mais diversos campos de conhecimento. O aumento do acesso à informação intensifica a produção de novo conhecimento e faz com que o homem seja inserido em um ciclo de desenvolvimento crescente.

As novas criações do homem são capazes de alterar sua realidade de maneira nunca antes vista. No decorrer desse processo, altera-se a expectativa de vida do homem, seu modo de se organizar, a forma de se relacionar e sua capacidade de produção de bens e de novo conhecimento. Outros indicadores podem ser sentidos no cotidiano de maneira ainda mais fácil; basta verificar a velocidade com que surgem novidades em matéria de informática, alimentação, vestuário, meios de transporte, comunicação, entre outros.

Em tempos em que o passado se torna “ultrapassado” cada vez mais rápido, a busca pela solução de problemas torna-se mais ágil e a agenda de discussões passa a ter por objeto assuntos outrora inimagináveis. Quanto às expectativas para o futuro, não obstante as previsões catastróficas feitas por alguns – que, diga-se, sempre fizeram parte da história humana, provavelmente como resultado do medo natural de um futuro desconhecido – é provável que a humanidade continue experimentando contínua evolução e que a vida se modifique ainda mais.

Esse cenário tem como personagem principal o homem, indivíduo racional, capaz de pensar, criar e agir. O palco é o mercado – ambiente no

qual ao homem é possível estabelecer a troca, de maneira mútua e pacífica, de suas experiências e do produto de seu esforço.

É nessa virtude do homem de pensar, criar e agir que se encontra a grandiosidade da evolução que pode ser observada ao longo da história. Idéias estruturam o comportamento humano, a ação dos homens, e organizam desta maneira o mundo. O campo das idéias, do qual o indivíduo extrai aquilo que lhe é necessário para criar e solucionar problemas, também lhe serve para refletir. Sob tal ótica, é da capacidade de ter consciência sobre si mesmo que se desenvolvem os campos da filosofia, sociologia, política e outros. Da reflexão do indivíduo sobre o próprio indivíduo surgem diversas teorias e modelos que procuram explicar o homem e propor novos meios de organização e comportamento.

Esse processo de criação e pensamento, que se dá pelo embate de idéias, embora seja fundamental para que sejam alcançadas novas soluções na busca do bem-estar humano, por vezes dá azo ao aparecimento de teorias oportunistas e irresponsáveis que são fundamentadas em razões totalmente subjetivas e, geralmente, travestidas por um viés demagógico, pretensamente “social”. Não é por outro motivo que se faz necessária a reflexão acerca de alguns dos tantos conceitos vagos que compõem essas teorias e que, de tanto serem repetidos, acabaram-se enraizando tanto em parte da opinião pública quanto no próprio inconsciente das pessoas. A discussão deve voltar-se, pois, para o valor das idéias, do trabalho e da capacidade do homem em resolver seus problemas, pois é isto que, durante toda sua história, o fez prosperar.

Por muitas vezes essa lógica é desconsiderada pelo próprio homem que, sob os mais diversos pretextos, acaba por restringir seu potencial criativo e produtivo. Interessa-nos no presente trabalho, em especial, a empresa – que é justamente uma forma de organização entre os indivíduos

através da qual se possibilita dar maior efetividade às idéias, ao trabalho e a criatividade humana. As restrições objeto de nossa atenção são as legais, em especial aquelas que têm por objetivo impor valores que distorcem o equilíbrio de mercado e o funcionamento natural das coisas.

Seguindo em grande parte deste trabalho a linha da Análise Econômica do Direito, procurarei demonstrar como uma análise objetiva sob o enfoque econômico pode ser útil para a solução de problemas jurídicos e, principalmente, na descrição do funcionamento e das consequências dos institutos jurídicos da forma como são aplicados. Buscarei, sempre que possível, associar os dois campos de conhecimento – direito e economia – a fim de entender a empresa e, a partir daí, tentar demonstrar a necessidade de se conduzir o direito para a proteção de bens jurídicos que sejam realmente relevantes.

Como veremos adiante, idéias às vezes ganham vida própria e são repetidas sem que haja a mínima reflexão de sua razão de ser. O problema está no fato de que parte dessas idéias é imposta sob justificativas tais como a de que essa ou aquela lei visa “melhorar, desenvolver e/ou incentivar” determinado segmento econômico ou grupo de pessoas, considerado fundamental ou estratégico. O que se ignora nesses casos são os custos e as consequências que aquele determinado ato implicará à coletividade. Os custos simplesmente são ignorados e as consequências geralmente representam restrições exageradas na liberdade do indivíduo. Por isso é necessário analisar se, e em que medida, tais custos são prejudiciais à coletividade e, além disso, ter sempre em mente – e essa será uma premissa deste trabalho – a necessidade em se preservar a liberdade do homem de pensar e construir, pois somente assim se terá uma sociedade na qual o próprio homem pode exercer o seu potencial de maneira plena.

CAPÍTULO 1 – FUNÇÃO SOCIAL – UMA NECESSÁRIA REFLEXÃO SOB A ÓTICA LEGAL E ECONÔMICA

“Quando as leis forem fixas e literais, quando só confiarem ao magistrado a missão de examinar os atos dos cidadãos, para decidir se tais atos são conformes ou contrários à lei escrita; quando, enfim, a regra do justo e do injusto, que deve dirigir em todos os seus atos o ignorante e o homem instruído, não for um motivo de controvérsia, mas simples questão de fato, então não mais se verão os cidadãos submetidos ao jugo de uma multidão de pequenos tiranos, tanto mais insuportáveis quanto menor é a distância entre o opressor e o oprimido; tanto mais cruéis quanto maior resistência encontram, porque a crueldade dos tiranos é proporcional, não às suas forças, mas aos obstáculos que se lhes opõem, tanto mais funestos quanto ninguém poder livrar-se do seu jugo senão submetendo-se ao despotismo de um só”. (CESARE BECCARIA)¹

Recentemente vem ganhando destaque, tanto nas discussões acadêmicas, quanto na vida empresarial, o tema da “função social da empresa”. Por vezes associado à responsabilidade social e, em outras, a algum tipo de “justiça social”, o conceito de função social da empresa ainda permanece confuso e repleto de subjetividade. O próprio termo função social não é claro entre a doutrina.

A legislação brasileira também não contribui para o esclarecimento do que é função social. Poucas são as referências a expressão, considerada toda a legislação brasileira, e, mesmo quando existentes, são feitas de maneira bastante sucinta.

Função social prevista na Constituição Federal em diversos dispositivos. Para melhor introdução do tema, veja-se a seguir transcrição das referências ao termo, feitas nos seguintes artigos da Constituição Federal:

Art. 5º, XXIII - “a propriedade atenderá a sua função social”;

Art. 170, III - “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - (...); II - (...); III - função social da propriedade;

¹ In: SANTOS, Luiz Fernando de Freitas. A tipicidade no direito administrativo sancionador: Balalada de la Justiça y la Ley. In: OSÓRIO, Fábio Medina (Org.). *Direito Sancionador: Sistema Financeiro Nacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 255

Art. 173, §1º, I – “A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (...)”

Art. 182, §2º - “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

Art. 184 - “Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei”.

Art. 185, Parágrafo Único - “A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social”.

Art. 186. – “A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio-ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

Vê-se, portanto, que exceto quanto ao tratamento da propriedade rural – no qual há a (mínima) associação entre a função social e a produtividade –, pouco se fala acerca do que é, para fins de aplicação do instituto, a função social.

É inegável que os dispositivos acima citados não são meramente descritivos. Ao contrário, pretendem prescrever uma determinada conduta, como é o caso, por exemplo, do art. 5º, XXIII, em que se tem que a propriedade **deverá atender** a sua função social. No entanto, é imperativo reconhecer que a pretensão de prescrever uma conduta tornar-se-á absolutamente ineficaz caso não seja possível definir em que consiste essa função.

Afinal, o que significa, por exemplo, tal prescrição de conduta para um proprietário de um bem móvel? Em que consiste a função social da

propriedade imóvel urbana? Essas e outras perguntas são, por si só, capazes de demonstrar a excessiva amplitude do termo.

A locução aparece, também, em outras leis, tais como na Lei das S.A. (Lei 6.404/76) e no Código Civil, que serão objeto de nossa atenção adiante.

O conceito – quando incidente sobre outros institutos, tais como a propriedade e o contrato – já foi objeto de maior estudo, o que pode ser útil na tentativa de compreendê-lo quando aplicada à empresa.

Por outro lado, estudos já realizados sobre a função social da propriedade e do contrato, embora tenham até certa convergência de sentido, pouco tratam das implicações práticas da existência de uma função social. Prescrevem apenas regras gerais amplas e subjetivas que pouco auxiliam no entendimento do tema. Além disso, partem da premissa de sua existência, mas sem justificá-la ou mesmo defini-la.

Em geral, o estudo da função social tem como conclusão que a propriedade e contratos são capazes de provocar efeitos sobre terceiros, isto é, sobre a ordem social. Sob essa ótica, a função social representa o reconhecimento da inserção da propriedade, do contrato e da empresa em uma determinada realidade social. Assim, se por exemplo uso abusivamente minha propriedade, estarei afetando outras pessoas; ou se tomo determinada atitude em relação a minha empresa, estarei afetando, ainda que indiretamente, empregados, consumidores, e demais terceiros interessados.

As conseqüências da existência da função social, enquanto previsão legal, são na maioria das vezes tomadas em tese. Diante da enorme importância dada ao conceito, alguns doutrinadores idealizam modelos e fórmulas que têm por finalidade fazer com que a propriedade, os contratos e

as empresas “cumpram sua função social”. Tais fórmulas, no caso da empresa, geralmente prevêm interferências na liberdade de contratar, nas relações trabalhistas, na divulgação de informações e no próprio exercício da atividade-fim.

Este cenário é bastante propício ao aparecimento, proliferação e, principalmente, imposição às empresas, através da lei, de políticas de responsabilidade social, programas de certificação, propostas de “incentivos à comunidade” e tantos outros projetos alicerçados na idéia de algo “benéfico socialmente”, em prol de um “bem-comum”, ou, quando relacionados a questões ambientais, de uma “relação saudável do homem com o meio-ambiente”.

Curiosamente, tais soluções a que chegam esses estudiosos, ao fim, encarregam o Estado do dever de impô-las e raramente levam em conta o seu custo. Ao fazerem isso, estimulam a burocracia característica do Estado brasileiro, impedindo o funcionamento normal e impessoal do mercado. Quando minimamente justificadas, tais idéias buscam algum resquício de lógica em critérios absolutamente subjetivos e de difícil aferição. A presunção de que partem geralmente liga-se à idéia de que as pessoas não possuem, em si, qualquer motivação para agir de maneira “correta”, que não aquela que a lei lhes obriga.

1.1 – O isolamento do direito

Para que possamos definir, minimamente, critérios tão subjetivos que servem para balizar a atuação das empresas, faz-se necessária uma reflexão um pouco mais profunda. O conceito de função social compreende vários elementos subjetivos e, sob a perspectiva de diferentes pessoas, pode ter interpretações diversas. É justamente no caráter subjetivo e amplo do que se chama por função social que se encontra o vasto espaço para que o sujeito

incorpore ao conceito seus princípios e crenças. Nesse sentido, não há como sustentar que as pessoas, ao falarem de função social, deixam de lado os sentimentos e sua noção de justiça (moral).

Infelizmente, ao invés de debates a fim de delimitar o fundamento dessas perigosas expressões vagas, o que vemos no ambiente acadêmico do direito é o total isolamento do mundo real e falta de objetividade, o que contribui significativamente para a institucionalização da insegurança jurídica. O isolamento consiste na falta de interdisciplinaridade do direito e a falta de objetividade consiste na ausência de instrumentos capazes de determinar custos e conseqüências daquilo que é proposto.

Pode parecer estranho dizer que o direito não é suficientemente interdisciplinar. A estranheza está no fato de que vêm surgindo novos ramos do direito com grande velocidade e que o direito é reconhecidamente um campo bastante vasto, que atrai grande parcela de estudantes e forma, a cada ano, milhares de novos operadores do direito. Esse crescimento demográfico aliado à especialização do direito invariavelmente acabam por atingir outras áreas que antes não eram objeto de estudo por parte dos juristas, e disso que surge a idéia de que o direito torna-se cada vez mais interdisciplinar.

A confusão se encontra no fato de que embora o direito atinja maior número de áreas, isso não necessariamente quer dizer que está se apropriando de parte do conhecimento de outras disciplinas. Explique-se: imagine-se um cenário no qual não há lei que regule a concorrência das empresas. Em um belo dia alguém tem a idéia de criar uma lei qualquer sobre o assunto. Com a simples edição dessa lei surgem advogados que passam a trabalhar, estudar e escrever sobre o conteúdo e interpretação da lei, tornando-se “especializados” naquilo. Em seguida, passa-se a reconhecer a autonomia daquele ramo do direito e ele ganha até nome

próprio (direito da concorrência) e lugar na grade curricular de boas faculdades de direito. Será que podemos dizer que esse novo ramo do direito é interdisciplinar?

Não necessariamente, pois isso depende de vários fatores. A interdisciplinariedade do direito não está na capacidade produtiva do poder legislativo. Há muitas leis surgem como resultado de ações políticas injustificadas ou sob justificativas escusas e que, por não levarem em consideração a *ratio* daquilo que regulam, têm conteúdo enormemente burocrático que acabam servindo mais como entraves do que qualquer outra coisa.

Boa parte da doutrina, por sua vez, perde parte de seu tempo tentando desvendar o sentido de algum artigo confuso, resultado da má redação legislativa, ou então, desenvolvendo teorias descompromissadas com a realidade em cima de expressões vagas contidas na lei. E dessa forma o direito vai se aprofundando mais no próprio direito, fazendo com que pareça que a resposta para o sentido da Justiça está em alguma teoria ou em alguma lei. Quando não é isso, a doutrina está preocupada em se debruçar sobre subjetividades e em exaltar algo que, segundo ela, existe em todos nós e de onde podemos tirar todas as respostas para as questões legais. Nesse caso, o direito esvazia-se ainda mais e a vida de todos passa a depender do inconsciente e, por que não dizer, do humor dos julgadores.

1.2 – Utilização das cláusulas gerais e dos princípios

A ampliação dos poderes dos julgadores através do aumento de sua discricionariedade na aplicação de princípios e de cláusulas gerais² é um

² Devido à extensão e complexidade da discussão acadêmica em torno da distinção estrutural entre regras gerais e princípios, tratá-las-ei conjuntamente no presente trabalho. Sobre esse tema, vide BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *A Distinção Estrutural entre Princípios e Regras e sua Importância para a Dogmática Jurídica* – respostas às objeções de Humberto Ávila ao modelo de

dos grandes problemas atuais no que se refere à estabilidade das decisões judiciais e à segurança jurídica.

Cláusulas gerais são aquelas que dependem de alto grau de valoração para serem aplicadas. Para Gustavo Tepedino³ cláusulas gerais são “normas que não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação de demais disposições normativas”.

Judith Martins-Costa, por sua vez, define as cláusulas gerais como “mais do que um ‘caso’ da teoria do direito – pois revolucionam a tradicional teoria das fontes – constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos meta-jurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo”⁴.

Robert Alexy. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, 2000. nº 12, out./dez. 2002.

³ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. In: *A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 29.

⁴ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro*. Disponível em <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>>. Acesso em 25 de mai. 2008.

A utilização desse recurso normativo vem sendo – na esteira das idéias de Claus-Wilhelm Canaris⁵ – amplamente debatida e defendida pela doutrina. O objetivo da utilização de tais cláusulas de conteúdo vago, que constituem, segundo Canaris, um sistema móvel, tem por finalidade permitir que a lei se torne mais dinâmica, evitando assim o seu enrijecimento ao longo do tempo⁶.

São exemplos de cláusulas dessa natureza aquelas que tratam de boa-fé objetiva, da função social do contrato e da função social da propriedade.

O sistema móvel, ou sistema aberto, é a contraposição ao sistema fechado, positivista⁷. Tal sistema busca também, através da utilização de cláusulas gerais, assegurar, ao menos em parte, certa segurança jurídica, de forma a não se transformar em mero juízo de equidade. Segundo Canaris, as cláusulas gerais são sempre caracterizadas como “pontos de erupção da equidade”. Em tal sistema, a segurança jurídica sempre é garantida em maior medida do que uma mera cláusula de equidade.

Tem-se, assim, que o sistema móvel é uma espécie de moderação do sistema fechado e do juízo de equidade, pelo qual o julgador poderia manter a flexibilização da lei, sem prejuízo de garantir, em certa medida, a segurança jurídica. É sob tal argumento que se tem em grande parte da doutrina recente a exacerbada defesa pela utilização do sistema móvel e a exaltação da utilização das cláusulas gerais no novo código civil brasileiro.

É obvio que toda regra depende, em algum grau, de valoração. Leis contêm palavras que precisam ser interpretadas. É impossível se pensar em

⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2006.

⁶ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. Disponível em: <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>>. Acesso em 25 de maio 2008.

⁷ SANTOS, Eduardo Sens dos. *O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais: Exame da Função Social do Contrato*. Revista Forense, v. 364, p. 87 nov./dez. 2002.

leis que prevejam todas as possibilidades de conflitos e definam de maneira absolutamente precisa as respostas a tais questões.

No entanto, há de se ter em mente as fraquezas existentes em um sistema móvel, dentre elas, e em especial, a insegurança jurídica. Canaris reconhece na insegurança jurídica uma fraqueza em um sistema móvel e faz uma importante crítica:

“No que toca as últimas [fraquezas], é evidente que um sistema móvel garante a segurança jurídica em menor medida do que um sistema imóvel, fortemente hierarquizado com previsões normativas firmes. Nos âmbitos em que existe uma necessidade de segurança jurídica mais elevada, deve-se preferir o último e o próprio Wilburg não iria, por certo, dissolver as ordenações firmes do Direito cambiário e dos Direitos Reais ou sequer do Direito das Sucessões ou das Sociedades num sistema móvel”⁸ (grifamos).

Se a regra para as normas é a da indeterminação, tem-se um sistema que perde suas forças; que perde seu sentido. Não há na vagueza das cláusulas gerais, por si só, nada de bom. Isso, porque, assim como as regras não podem antever todas as situações, não o podem também as partes de um contrato e isso é absolutamente natural.

O problema das cláusulas gerais está justamente quando se passa a reconhecer como inerente a sua existência algum tipo de preceito de ordem pública ou de interesse geral que justifique a intervenção do Estado em uma relação legalmente havida entre as partes, sob o simples pretexto de se fazer justiça. Nesse caso, a cláusula geral transforma-se em uma forma de manter a insegurança jurídica e a incerteza nas relações entre as pessoas, subjugando os indivíduos ao mero arbítrio dos julgadores.

Se há, de fato, aspectos de interesse público a serem resguardados, que sejam então definidos pelo legislador de maneira minimamente precisa,

⁸ In: NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 191.

haja vista que uma norma restritiva de direitos deve ser interpretada restritivamente.

Cláusulas que permitam a interferência de juizes irrestritamente provocam imprevisibilidade, ainda mais no Brasil, que ao contrário de países de tradição anglo-saxã – onde há mais respeito à jurisprudência – possui magistrados que se acham responsáveis pela mudança social e pela redistribuição de renda.

Cláusulas gerais não podem ser a porta de entrada para a arbitrariedade dos julgadores. Em outras palavras, não podem servir como uma licença para que os julgadores interpretem as leis de modo a alcançarem a finalidade moral por eles desejadas, aproveitando-se de vagueza das referidas leis. O emprego de princípios ou normas gerais deve ser feito com bastante cautela, sob pena de causar sério prejuízo à segurança jurídica. Como alerta o Prof. Humberto Theodoro Júnior:

“Para que essa injustiça não seja cometida é indispensável que a norma não seja excessivamente em branco, nem seja imprevisível quanto ao modo e aos limites de preenchimento de sua previsão genérica. Pode-se legislar deixando margem de flexibilidade para adaptar-se às particularidades do caso concreto. Mas, em nome da legalidade e da segurança jurídica com que a legalidade se acha visceralmente comprometida é imperioso que o legislador, ao empregar a flexibilidade da cláusula geral, indique de forma clara e precisa os padrões e os limites da atividade complementar do juiz. Vale dizer, a cláusula geral só é legítima e democrática quando o legislador indica os parâmetros em que, na aplicação, terá de apoiar-se e quais limites dentro dos quais a norma admitirá flexibilização. Em outros termos, a lei terá de proporcionar às pessoas destinatárias de seu preceito o conhecimento e a compreensão do seu teor e dos seus limites.

“(…)”

“(…) Não que se deve impedir a adoção de cláusulas gerais nos textos legislativos. Valores éticos, para serem incorporados ao direito positivo reclamam a observância dessa técnica. O abuso, contudo, do emprego constante e injustificado de cláusulas gerais pelo legislador pode desestabilizar o ordenamento jurídico, gerando dúvidas, incertezas e mesmo imprevisibilidade no meio social.

“Há uma deturpação dessa técnica uma tendência do parlamento de despojar-se, em boa parte, de sua competência legislativa, relegando ao Judiciário completar a tarefa normativa, sem que os indivíduos possam prever, com segurança jurídica, como o órgão aplicador da regra vaga irá colmatá-la. É necessário, logicamente, coibir esse tipo de abuso legislativo, para evitar que, de fato, o juiz se torne legislador; e o que é pior, legislador, ex post facto, pois a lei só será ditada em seu conteúdo completo e definitivo depois de consumado o fato sobre que irá

incidir. A segurança jurídica, por sua vez, não pode conviver com problemas desse porte”⁹.

Nesse sentido, merece destaque o fato de que vem ganhando força, na doutrina brasileira, uma corrente – denominada pós-positivista ou neo-constitucionalista – que tem como principal pensamento a idéia de que por detrás de uma norma de direito privado há sempre um princípio constitucional que a inspira.

1.3 – Direito civil-constitucional

O movimento civil-constitucional, pelo qual “a lei é cada vez mais desprezada, para que em seu lugar se prestigiem os princípios”¹⁰ é parte do que se chama constitucionalização do direito civil. Segundo tal corrente, o desrespeito aos princípios é mais grave do que o desrespeito à lei. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio”¹¹.

Os princípios constitucionais ganham força no estudo do direito civil-constitucional. Para alguns autores, isso é resultado quase que evolutivo do embate juspositivismo *versus* jusnaturalismo. Nesse sentido, a obra de Paulo Bonavides serve como bom parâmetro do que vem sendo reproduzido pelos doutrinadores pós-positivistas. Segundo o autor, a juridicidade dos princípios passa por três distintas fases: a jusnaturalista, a juspositivista e a pós-positivista. Esta última fase corresponde aos “grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX, na qual as novas

⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *A Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica*. Revista da EMERJ. Rio de Janeiro: v. 9, nº 35, 2006, p. 29.

¹⁰ In: SANTOS, Luiz Fernando de Freitas. A tipicidade no direito administrativo sancionador: Balalada de la Justicia y la Ley. In: OSÓRIO, Fábio Medina (Org.). *Direito Sancionador: Sistema Financeiro Nacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.275.

¹¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

constituições acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.

Os princípios ganham novo papel nos tempos atuais. Maria Celina Bodin de Moraes, seguindo à lição de Pietro Perlingieri, assim afirma: “a solução normativa aos problemas concretos não se pauta mais pela subsunção do fato à regra específica, mas exige do intérprete um procedimento de avaliação condizente com os diversos princípios jurídicos envolvidos”¹².

O movimento principiológico, não obstante o fato de ser sustentado por ilustres juristas, merece algumas considerações, ainda que não na qualidade de críticas, mas sim como simples observações de possíveis inconsistências que podem ter conseqüências lesivas a todos.

O foco primordial da aplicação indiscriminada dos princípios está no fato de que nem todos entendem os mesmos princípios da mesma maneira.

Como bem adverte Luiz Fernando de Freitas Santos, é razoável imaginar-se a existência de uma distância de anos-luz entre o que um socialista e um neoliberal percebem como sendo a expressão concreta de princípios, tais como o da função social dos contratos, segurança jurídica ou da livre iniciativa. E continua o autor: “o funcionário público de ideologia marxista punirá com rigor o indivíduo que se portar de maneira ofensiva àquilo que ele, agente público socialista, considera violador do princípio da segurança jurídica”¹³.

¹² MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 234.

¹³ SANTOS, Luiz Fernando de Freitas. A tipicidade no direito administrativo sancionador: Balalada de la Justicia y la Ley. In: OSÓRIO, Fábio Medina (Org.). *Direito Sancionador: Sistema Financeiro Nacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 276.

O autor conclui com propriedade o seguinte:

“A opção ideológica não pode ser feita pelo agente público no momento da aplicação da Lei. Esta opção é do cidadão, a ser exercida no momento em que elege seus representantes”¹⁴.

Se, por um lado, a aplicação de princípios constitucionais às relações privadas encontra-se hoje inegavelmente reconhecida como importante por parte da doutrina e jurisprudência, por outro, não se pode esquecer que essa é opção a ser exercida exclusivamente pelo poder legislativo, através de autorização expressa da lei, sob pena de se estar adotando medida absolutamente antidemocrática.

A aplicação de princípios e regras gerais há de ser vista, por essa razão, com bastante cautela. Quando se fala em razoabilidade e ponderação, certamente está-se a pensar em um julgador esclarecido, razoável e dotado de bom-senso; nunca em um julgador de posições ideológicas extremas, insensato ou imprudente. A flexibilidade do sistema e a busca por justiça não podem dar-se à custa do prejuízo causado por decisões temerárias e, principalmente, imprevisíveis. Da mesma forma que com a utilização de regras e princípios é possível adaptar as situações concretas à lei, em busca de justiça, é possível também utilizar essas brechas para cometer verdadeiras atrocidades.

Da análise da atual conjuntura do estudo jurídico sobre os princípios e da constitucionalização do direito privado, chegamos à conclusão semelhante, neste ponto, a de Flávio Galdino, em sua obra *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – direitos não nascem em árvores*”, na qual o autor afirma o seguinte:

“Sem um mínimo de pragmatismo, a Constituição, como já se disse, periga ser uma viagem no mundo da ficção, onde se imagina que a pobreza pode ser

¹⁴ SANTOS, Luiz Fernando de Freitas. A tipicidade no direito administrativo sancionador: Balalada de la Justiça y la Ley. In: OSÓRIO, Fábio Medina (Org.). *Direito Sancionador: Sistema Financeiro Nacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 276.

erradicada trabalhando-se cada vez menos, poupando-se cada vez menos e botando-se o capital estrangeiro cada vez mais para fora e, mesmo assim, todos conseguirão direito à educação, à assistência médica, à moradia e à paisagem...”¹⁵.

O isolamento do direito do mundo real talvez explique a decadência de alguns institutos tais como a propriedade, o contrato, a personalidade jurídica das empresas e outros.

Especificamente no que se refere ao tema função social da empresa, objeto de nosso estudo, o isolamento dá-se na separação entre as disciplinas do direito e economia. Infelizmente existe uma desnecessária e prejudicial separação entre o direito e a economia. Como alerta Cento Veljanovski, os advogados e os elaboradores de políticas públicas são analfabetos em economia, além de freqüentemente serem pouco chegados a números. Por outro lado, para o economista a abordagem jurídica é excessivamente descritiva e legalista¹⁶.

George Stigler, Nobel de Economia, resume a dificuldade de comunicação entre as duas disciplinas nas seguintes palavras:

“Enquanto a eficiência se constitui no problema fundamental dos economistas, a justiça é o tema que norteia os professores de Direito (...) é profunda a diferença entre uma disciplina que pretende explicar a vida econômica (e, de fato, toda a ação racional) e outra que pretende alcançar a justiça como elemento regulador de todos os aspectos da conduta humana. Essa diferença significa, basicamente, que o economista e o advogado vivem em mundos diferentes e falam diferentes línguas”¹⁷.

Nesse sentido, convicto da importância de aliar economia e direito para entender a empresa, procuro definir o que se deve entender por “função social da empresa”, expressão ainda tão vaga, que, se por um lado

¹⁵ GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005. p.173

¹⁶ VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei: uma introdução*. Trad. Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994. p.121.

¹⁷ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 4.

pode representar enorme perigo à atividade empresarial, por outro não há como ser simplesmente ignorada.

CAPÍTULO 2 – A IMPORTÂNCIA DO MERCADO – UMA PREMISSA INDISPENSÁVEL

A exploração de atividades econômicas pode ser exercida, basicamente, de duas maneiras: (i) por meio da produção daquilo de que precisa ou o que pretende trocar por outras coisas, através da ação individual; ou (ii) atuando de maneira coletiva, estruturada e organizada, utilizando-se da empresa para esse fim. Ao utilizar-se da empresa, o indivíduo tem por finalidade maior atender à demanda do mercado sobre aquele determinado bem ou serviço, e seu sucesso será tanto maior quanto ele consiga prever com precisão as condições de mercado que influenciarão o preço do bem que ele pretende comercializar ou do serviço que pretende fornecer.

Empresas e mercados (ou mercado, em sentido amplo) são institutos altamente relacionados e que se encontram na fronteira entre as disciplinas do direito e da economia. Empresas, entendidas do ponto de vista econômico como estruturas organizacionais para a produção e circulação de bens e serviços, estão necessariamente inseridas em vários mercados. Por isso, somente depois de captar a função e os problemas criados por operações no mercado é que é possível compreender as razões que levam à organização das empresas¹⁸.

Ao comercialista não podem fugir as questões que envolvem a atividade empresária, pois a regulação que pesa sobre as empresas invariavelmente acaba por interferir em sua atividade. A questão está em saber-se que tipo de interferência é provocada com a edição de uma lei ou norma, para assim delimitar suas potenciais consequências. Dessa forma, entender o funcionamento e a lógica do mercado é papel que o

¹⁸ SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 29.

comercialista somente conseguirá alcançar se tiver noções básicas das leis que verdadeiramente regem o mercado, e não somente daquelas que se encontram em diplomas legais e códigos.

Não há uma figura mais importante que se relacione ao direito comercial do que o mercado. É dele que surgiu e é nele que se encontra seu fundamento, pois, afinal, o que é o direito comercial senão o estudo sobre a regulação incidente sobre o conjunto de relações que formam o mercado?

Infelizmente, dentre todos os institutos e figuras que se relacionam ao direito comercial, talvez o mercado seja, atualmente, um dos mais desprestigiados.

É comum encontrar por aí quem atribua ao mercado o aumento da desigualdade social, da injustiça, da instabilidade econômica, etc. Ao mercado, especialmente ao livre mercado, comumente associado ao “capitalismo selvagem”, é atribuída a grande maioria das mazelas do mundo contemporâneo.

Boa parte da regulação incidente sobre mercados surge sob justificativas dessa natureza. Ora procura “ajustar mercados” a fim de evitar o abuso do poder econômico, ora busca estabelecer métodos a fim de alcançar um sistema mais equilibrado e justo. A importância de tentar entender o mercado é justamente criar em julgamento crítico com relação às justificativas que fundamentam a regulação.

2.1 – O mercado “injusto”

Muitas vezes é difundida a idéia de que o mercado livre leva à injustiça.

O desprestígio do livre mercado no ambiente jurídico fica claro em certas obras jurídicas que, invariavelmente, ao descreverem o que entendem pela evolução do direito, mostram a superação da fase do *laissez-faire*, em virtude das enormes iniquidades que dela decorreram. Os diplomas legais, por sua vez, são tidos como incapazes de atender a sociedade de consumo, da contratação em massa, da contratação coletiva, razão essa pela qual se justificaria a publicização do direito privado a legitimação de intervenção regulatória, o deslocamento da visão individualista para a coletivista e o predomínio do Estado Social¹⁹ ante ao Estado Liberal.

A idéia faz parte do contexto político atual no Brasil de exaltação do Estado intervencionista. O argumento geral desenvolvido encerra a seguinte idéia :

“Até esse momento temos vivido em um mundo de puro capitalismo laissez-faire, com o governo e os intelectuais que fazem as políticas totalmente convencidos de que o mercado deve comandar as coisas, independente de tudo. Eventos recentes, no entanto, salientaram as limitações desse sistema cruelmente ganancioso e competitivo, e revelaram que ideologias simplistas não funcionam em um mundo complexo. Portanto, o governo, respondendo aos anseios públicos de que algo deve ser feito, decidiu cautelosamente atacar a cobiça, forçar a nós todos a amadurecer e ver a necessidade de uma economia mista”²⁰.

A suposição de que vivemos em um mundo onde impera o livre mercado, como alerta Jeffrey Tucker, simplesmente não é verdadeira. Na verdade, trata-se de uma completa fantasia. Como ressalta o autor, não vemos as invenções deixadas na prateleira, os produtos que não foram importados por causa das cotas e tarifas, as pessoas desempregadas por causa da legislação trabalhista e das leis do salário mínimo, etc.

¹⁹ Vide MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. *Desmistificando a função social da propriedade com base na constituição federal e legislação infraconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 860, p.94. Assinala o autor que a constituição de Weimar foi um marco da passagem do Estado Liberal para o Estado Social. Neste passou-se a reconhecer explicitamente direitos humanos sociais, culturais e econômicos contra o estado, direitos de “crédito”, de prestações positivas. São os direitos a que a doutrina costuma denominar de *segunda geração*.

²⁰ Jeffrey A. Tucker. *Quão Livre é o Livre Mercado?* – disponível em <www.mises.org.br>. Acesso em 25 maio 2008.

Isso é o que, nas idéias de Frédéric Bastiat, se considera “aquilo que não se vê”²¹.

Tais idéias – que são difundidas parte das vezes como manifestações político-filosóficas de ordem comunitarista, parte como uma espécie de inércia intelectual produzida pela sua repetição incansável e irrefletida – fazem com que se crie no imaginário popular uma repulsa ao mercado livre. Por causa disso, somos tentados a acreditar os problemas da nossa sociedade se devem à economia de mercado.

Esse pensamento de que o livre mercado leva à injustiça é mais comum do que se pensa. Provavelmente decorre de uma grande falácia popular que contamina a correta compreensão de sua importância. Diz-se que as relações comerciais ocorridas em um mercado fazem com que uma parte se beneficie (ganhe) à custa de outra, o que faz com que em cada transação haja um ganhador e um perdedor. Segundo essa lógica, se em uma transação entre duas pessoas uma obteve lucro a outra saiu perdendo. O ganho de um consistiria justamente na perda do outro. Esse sistema de livre mercado (capitalista), por essa razão, levaria a que uns ganhassem muito e outros não tivessem nada. É com essa lógica que se cria uma afinidade entre o mercado e injustiça, e se passa a fundamentar de maneira arbitrária grande parte da regulação.

Será possível, no exemplo acima dado, que ambas as partes se beneficiem de uma troca?

Essa é uma pergunta que somente pode ser respondida se compreendermos minimamente o que é um mercado.

²¹ BASTIAT, Frédéric. *Ensaio*. Editado por Alexandre Guasti, trad. Ronaldo Legey; ilustrações de Marcos Pites de Campos. — Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1989. p. 11.

2.2 – O que é Mercado?

A principal questão que afeta o homem é a preocupação com a obtenção daquilo que ele necessita. O indivíduo modifica o ambiente constantemente e, ao transformar as coisas que se apresentam na natureza em bens que lhe servirão na satisfação de seus anseios e necessidades, gera riqueza. Em primeiro plano o homem busca a obtenção de bens que garantam sua subsistência. Naturalmente, com o passar do tempo há o aumento da demanda por bens e serviços cada vez mais sofisticados, o que somente pode ser obtido através do desenvolvimento e da organização.

Nas palavras de Bastiat: “a riqueza dos homens consiste na abundância das coisas”²². É a produção e circulação de novos bens que faz com que cheguem aos indivíduos comida, remédios, roupas, moradia e tantas outras coisas de que precisam.

Essas coisas podem ser chamadas, de forma geral, de recursos. Aumentar a disponibilidade de recursos depende de novas idéias, decisões e capital. O homem busca a todo tempo soluções para os problemas que fazem com que não haja recursos suficientes e, na medida em que as vai encontrando, novos campos de conhecimento se abrem e novos problemas surgem, fazendo com que o ciclo se renove, e ele, por meio de erros e acertos, aprenda.

Se é verdade que há riqueza na disponibilidade de recursos naturais que servem de matéria prima para o que é utilizado pelo homem, é verdade também que depende do próprio indivíduo o sustento de sua vida, que compreende, necessariamente, o esforço produtivo na modificação e aperfeiçoamento desses recursos. É difícil imaginar-se qualquer tipo de contexto no qual inexistia esforço humano na produção daquilo que ele

²² BASTIAT, Frédéric. *Ensaíos*. Editado por Alexandre Guasti, traduzido por Ronaldo Legey; ilustrações de Marcos Pites de Campos). — Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1989. p. 58.

precisa para sobreviver, por mais abundantes e de fácil acesso que sejam os recursos a ele disponíveis. Nos dias de hoje o homem não depende apenas da natureza para produzir e isso se dá em decorrência do signo diferencial do homem em relação aos outros animais, qual seja, sua magnífica capacidade racional, pois ao indivíduo pensante não basta apenas sobreviver, é preciso viver, e viver de maneira melhor.

Um mercado é sempre baseado na idéia da troca. Não houvesse troca de bens, serviços e informações entre os homens, cada pessoa nunca poderia ter mais do que aquilo do que ela sozinha pode produzir. Um único homem provavelmente levaria uma eternidade para construir um simples lápis ou alfinete.

É essa a razão de haver divisão de trabalho. Enquanto um planta, outro pesquisa, outros constroem, outros escrevem, e assim por diante. A especialização do trabalho em tarefas e papéis específicos torna-se indispensável diante da progressão da complexidade dos processos de produção industriais e permite que cada pessoa faça aquilo que ela faz de melhor. A divisão do trabalho, junto com possibilidade de livre troca, faz possível a existência humana em grande escala.

Compreender a importância da troca entre indivíduos em mercados livres é uma preocupação amplamente destacada pela ciência econômica. Em termos econômicos, diz-se que quando pessoas transacionam, cada uma delas obterá ganhos com isso. Isso se dá porque em uma transação a motivação para que as partes troquem ou comprem algo está no fato de que, para elas, aquilo de que se está adquirindo tem maior valor do que aquilo que ela está se desfazendo. Caso contrário, as partes simplesmente não a fariam. Logo, se cada uma delas conseguir avaliar corretamente aquilo que está sendo trocado, ambas serão beneficiadas.

Partindo da idéia de que ambas as partes empreendem a troca porque cada uma delas espera se beneficiar com ela, pode-se dizer também que cada parte irá “repetir a troca da próxima vez (ou se recusar a fazê-lo) porque sua expectativa se provou correta (ou incorreta) no passado recente”, uma vez que “comércio, ou troca, ocorre precisamente porque ambas as partes se beneficiam; se elas não esperassem obter ganhos, não concordariam em se envolver na troca”²³.

Não me refiro aqui exclusivamente ao valor contábil do bem, mas sim ao valor decorrente do benefício que o bem gerará ao sujeito que o está adquirindo. Se, por exemplo, preciso muito de um determinado bem, dar-lhe-ei maior valor do que a um bem de que não preciso. Pode acontecer, ainda, que o bem de que preciso seja ou esteja mais escasso e mais demandado, o que fará com que eu tenha que pagar mais para adquiri-lo.

Isso é possível porque as pessoas têm diferentes escalas de valor para os bens. Embora se possa reconhecer nas coisas, em geral, uma escala média de valor, a efetiva avaliação dos bens para as trocas é feita caso a caso. Nesse sentido, fatores como necessidade e escassez serão determinantes na avaliação de cada uma das partes.

Murray N. Rothbard, analisando o que em economia denomina-se utilidade marginal, exemplifica como bens podem ter valores diferentes para as pessoas:

“An individual possessing two cows and three horses might have to choose between giving up one cow or one horse. He may decide in this case to keep the horse, indicating that in this state of his stock, a horse is more valuable to him than a cow. On the other hand, he might be presented with the choice of keeping either his entire stock of cows or his stock of horses. Thus, his stable and cowshed might catch fire, and he is presented with the choice of saving the inhabitants of one or of the other building. In this case, two cows might be more valuable to him than three horses, so that he will prefer to save the cows. When deciding between units of his stock, the actor may therefore prefer good X to

²³ ROTHBARD, Murray N. *The Fortune Encyclopedia of Economics*. Disponível em www.mises.org. Acesso em 30.05.08.

good Y, while he may choose good Y if he must act upon his whole stock of each good.. This process of valuation according to the specific units involved provides the solution for the famous “value paradox” which puzzled writers for centuries. The question was: How can men value bread less than platinum, when “bread” is obviously more useful than “platinum”? The answer is that acting man does not evaluate the goods open to him by abstract classes, but in terms of the specific units available. He does not wonder whether “bread-in-general” is more or less valuable to him than “platinum-in-general,” but whether, given the present available stock of bread and platinum, a “loaf of bread” is more or less valuable to him than “an ounce of platinum.” That, in most cases, men prefer the latter is no longer surprising.”²²

(...)

“The solution of the value paradox mentioned above is now fully clear. If a man prefers one ounce of platinum to five loaves of bread, he is choosing between units of the two goods based on the supply available. On the basis of the available supply of platinum and of bread, the marginal utility of a unit of platinum is greater than the marginal utility of a unit of bread”.

Assim, o relacionamento entre compradores e vendedores transacionando bens possibilita a transferência de bens menos valiosos por bens de maior valor (para as partes). Por isso é possível dizer-se que quando há uma troca de bens ou de bens por dinheiro, ambos os indivíduos envolvidos saem ganhando, ou seja, que a transação foi eficiente.

Obviamente, é possível que aquele bem não venha a proporcionar o benefício que era esperado por seu dono, ou ainda, que lhe seja mais benéfico do que imaginava. Contudo, embora essa constatação *ex post* seja necessária para se determinar se um negócio foi bom ou ruim, isso não retira do mercado a sua enorme importância como instrumento facilitador da circulação de bens, serviços, conhecimento etc. Isso porque, ainda que a constatação posterior seja no sentido de que a transação não foi benéfica, o erro assumirá importante papel na atuação do indivíduo nas próximas contratações e negócios. A Professora Paula Forgioni faz destaca o seguinte a respeito da importância do erro:

“Os agentes econômicos algumas vezes adotam estratégias equivocadas, e esses enganos são previstos e desejados pelo sistema jurídico, na medida em que, diferenciando os agentes, permitem o estabelecimento do jogo concorrencial... Ou seja, é a diferença entre as estratégias adotadas pelos agentes econômicos e entre os resultados obtidos (uns melhores, outros piores) que dá vida a um

ambiente de competição (por que todos buscam o prêmio do maior sucesso, da adoção da estratégia mais eficiente)”²⁴.

Talvez seja esse o motivo principal pelo qual economistas têm tanta fixação com a liberdade de mercado como modo de promoção do bem-estar social. Na medida em que se entenda o mercado como um ambiente de criação de incentivos, redução de custos e facilitação de relacionamento entre os agentes econômicos, tudo isso para que ocorram mais trocas e, portanto, mais benefícios mútuos, ficará clara a idéia de que mercados aumentam a prosperidade, ou seja, o bem-estar geral.

As discussões quanto à natureza jurídica dos mercados, sua importância e características são recentes aos juristas, o que dá a impressão de que o mercado é uma criação dos modernos economistas²⁵.

Ocorre que o mercado evidentemente já existe desde muito tempo. É possível reconhecer nas feiras da Idade Média ambientes de troca entre agentes econômicos. Foi com a Revolução Industrial, no entanto, que o mercado se desenvolveu com maior intensidade. Com isso surgiu a produção “em massa”, voltada para a produção em grande escala.

O alto desenvolvimento econômico fez surgir, também, as empresas de grande porte. Hoje alvo dos mais fanáticos ataques, as grandes empresas passaram a produzir quase que exclusivamente para suprir as carências das massas, fato este que permitiu o extraordinário crescimento populacional mundial.

Na medida em que os mercados começaram a ganhar importância, maior foi a atração pela atenção de estudiosos ao seu estudo e compreensão.

²⁴ In: FRANCO, Gustavo. *Os limites da teoria de imprevisão: o “revisionismo” fora do lugar debilita o ambiente contratual brasileiro*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.35, p.321.

²⁵ SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 33.

O interesse crescente pelos mecanismos de funcionamento de mercado e o reconhecimento de sua importância fizeram sobrevir período de intensa criação de leis (regulação).

2.3 – A Regulação do Mercado

Nem sempre as transações operadas em um mercado são absolutamente livres. Todo mercado precisa de regras: uns mais, outros menos. Em geral o que se tem em comum nas regras existentes nos mais diversos tipos de mercados é a tentativa de estruturar o processo de troca de bens e promover a efetividade das relações ali havidas.

Esse conjunto de normas de conteúdo econômico que interferem no mercado é denominado de regulação. Rachel Sztajn²⁶ faz a diferença nas intervenções em mercados entre as reguladoras e as moderadoras. As primeiras são as intervenções disciplinadoras de certos mercados; as segundas são as destinadas a corrigir desvios que comprometem o funcionamento do mercado. Essas últimas estão ligadas a supostas falhas de mercado. Repare-se como esta última está intimamente ligada à idéia de regulação como instrumento para a implementação de políticas governamentais.

Discute-se em sede doutrinária se mercados seriam fruto natural do *laissez-faire*, do século XVIII, ou produto de normas²⁷. A discussão foge ao escopo do presente trabalho, mas, qualquer que seja a resposta para tal questão, o que importa é que a regulação sobre ele incidente resulta de escolhas políticas. Ou seja, o fato é que a regulação sobre mercados existe e é, em algum nível (difícil de precisar e variável em relação a cada

²⁶ SZTAJN, Rachel. Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004. p.59.

²⁷ SZTAJN, Rachel. Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004. p.35.

mercado), necessária para o desenvolvimento do mercado que regula. Mercados, de forma geral, são regulados.

As questões que se põem, do ponto de vista jurídico, são: O que é regulação? Por que mercados são regulados? Em que medida eles devem ser mais ou menos regulados?

Existem três acepções para o termo regulação, assim descritas por Baldwin e Cave, que são utilizadas alternativamente, dependendo do problema em questão:

1. Um conjunto específico de comandos normativos, em que a regulação envolve um agrupamento de regras coercitivas, editadas por órgão criado para determinado fim.
2. Influência estatal deliberada, em que a regulação, num sentido mais amplo, cobre toda a ação estatal destinada a influenciar o comportamento social, econômico ou político.
3. Forma de controle social, em que todos os mecanismos que afetam o comportamento humano são determinados por regras advindas do Estado ou não (por exemplo, auto-regulação)²⁸.

De maneira simplificada, pode-se definir a regulação como o emprego dos instrumentos legais e necessários à implementação de objetivos de política econômica ou social²⁹. Como já se disse, a regulação sobre determinada atividade importa, em alguma medida, na atuação ou interferência em algum mercado, através da imposição de regras.

²⁸ In: PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 254.

²⁹ EIZIRIK, Nelson Laks; GAAL, Ariadna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de Capitais: regime jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 13.

Geralmente o termo regulação é usado como abreviatura para significar tentativas governamentais, movidas por várias razões para regulamentar a vida alheia por lei ou ato administrativo. Assim, normas poderão ser tidas como reguladoras na medida em que limitem a liberdade dos participantes do mercado, quer quanto à conduta, quer quanto aos bens negociados³⁰.

A regulação, conforme será tratada neste trabalho, refere-se apenas àquelas normas impostas pelo Estado como modo de intervenção na economia, excluindo-se, portanto, a regulação voluntária ou auto-regulação.

Não há uma regra universal para a regulação. Concepções liberais tratarão a regulação como uma necessidade de proteção aos direitos de propriedade e ao cumprimento de contratos. Sob essa ótica, será bastante restrita a atuação do Estado na regulação e pequeno o volume de regulação, o que garantiria ao mercado ampla liberdade. Por outro lado, concepções mais próximas ao comunitarismo tenderão a promover mais regulação e, conseqüentemente, maior intervenção estatal no mercado. Não há um critério bem definido para se saber se um mercado deve ou não ser regulado, ou quão regulado este deve ser. Veja-se, nesse sentido, a diversidade de regulações que países diferentes dão em relação às mesmas matérias. A regulação varia em função do local, da matéria que regula, e, inclusive, em função da época.

A motivação primordial para a criação e caracterização de uma determinada regulação é política. Independentemente da concepção ideológica, motivação econômica, ou explicação sociológica, antropológica e psicológica, o que determina a existência ou não de uma regulação é o

³⁰ EIZIRIK, Nelson Laks; GAAL, Ariadna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de Capitais: regime jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 14.

fator político. Ou seja, a decisão de regular e como regular é primordialmente política. É claro que a tomada de decisão fundamentada poderá apresentar justificativas que levem em consideração outros dos fatores mencionados, mas é possível, também, que a regulação seja criada por motivo exclusivamente político. Assim o são aquelas leis que surgem, por exemplo, da pressão popular diante de algum fato de grande repercussão, ou as surgidas do exercício do *lobby* por parte de um grande industrial ou grupo popular.

O estudo da regulação, do ponto de vista econômico, tem por objetivo principal analisar se e, em que medida, a regulação impacta o bem-estar social. A lógica econômica parte da premissa de que o ser humano é racional (*rational maximizer of his self-interest*), ou seja, procura maximizar seu bem-estar.

Em sua atuação, o indivíduo reage a incentivos e a economia é, em grande parte, o estudo desses incentivos. Ela busca explicar como as pessoas conseguem o que querem, e o que acontece quando outras pessoas desejam a mesma coisa ou dela precisam. É daí que os economistas extraem conceitos gerais, tal como o da conhecida relação entre preço e quantidade (lei oferta e da demanda).

No que se refere às leis, a economia as vê como um modo de incentivo a que as pessoas estão sujeitas, fator esse que as influencia em sua atuação, especialmente nas decisões de troca, produção, consumo, investimento etc. A utilização da lógica econômica pode ser útil na interpretação dos incentivos econômicos que existem por detrás das leis. A interferência das leis sobre mercados é particularmente importante em se tratando de decisões que impactam no dia-a-dia das empresas – importantes agentes do mercado – pois envolvem, em regra, quantidade considerável de pessoas (trabalhadores, consumidores, comunidades locais etc).

2.4 – Como as leis interferem no mercado?

Vista de maneira objetiva, as normas que incidem sobre determinado mercado nada mais são do que o reconhecimento de direitos, deveres e responsabilidades por parte dos participantes ou eventuais participantes daquele mercado. É um modo de tentar organizá-lo.

Nesse sentido, pode ser útil fazer-se na regulação a distinção entre dois tipos de normas: aquelas que positivam regras resultantes da ordem espontânea e aquelas que modificam esta. As primeiras resultam da evolução natural e do aprendizado decorrente da vivência de um mercado. As segundas devem ser vistas com maior cuidado, pois ao se criar tal tipo de regulação impõe-se, conforme já falado anteriormente, uma nova organização. Nesse segundo processo há a natural pressuposição de que a nova organização – pensada por alguém – será melhor que a que existia anteriormente – a espontânea, resultado do conjunto de ações individuais.

Leis, conforme se viu anteriormente, são resultado de decisões políticas. Surgem geralmente como resposta a algum “problema” ou efeito não querido pelas pessoas. As leis não geram somente um efeito, mas uma série deles. Entre eles somente o primeiro é imediato e se manifesta com sua causa, ou seja, só um é visível³¹. Os outros somente aparecem posteriormente. Isso é o que se chama, em economia, de intertemporalidade.

Vejamos, através de um exemplo, como leis interferem no mercado e quais são suas conseqüências.

³¹ BASTIAT, Frédéric. *Ensaíos*. Editado por Alexandre Guasti, traduzido por Ronaldo Legey; ilustrações de Marcos Pites de Campos). — Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1989. p. 10 p.

Suponhamos que, em virtude de algum problema que não nos interessa por ora, o preço do leite se encontre extremamente elevado. Diante da insatisfação geral decorrente dos altos preços do produto, edita-se uma lei vedando que seu preço não supere determinado valor, considerado razoável pela autoridade governamental. Embora o exemplo³² (controle de preços) já seja grande conhecido de todos, é importante notar que a lógica se aplica a diversas outros tipos de regulações.

Repare-se também que, como já dissemos, as leis nascem de decisões políticas; no presente exemplo a razão é exclusivamente política.

Qual é o efeito dessa lei?

O efeito aparente da lei é a queda do preço. A partir da edição da lei, quem quiser obter leite conseguirá comprá-lo por um preço mais baixo.

A lei produz, no entanto, outros efeitos não tão fáceis de serem percebidos. O menor preço do leite tende a provocar o aumento da demanda do produto. De outro lado, parte dos produtores de leite começa a sofrer prejuízos, visto que o preço estipulado é maior que seu custo de produção. Diante disso, uns produtores irão vender suas vacas para o matadouro; outros, em vez de leite, passarão a fabricar e vender derivados do produto.

Como resultado, teremos que a interferência da lei no preço do leite redundará, pois, em menor quantidade do produto do que havia antes, redução que é concomitante com a ampliação da demanda. Com isso, algumas pessoas dispostas a pagar o preço do leite simplesmente não terão acesso ao produto. Outro efeito é a precipitação das pessoas ansiosas pelo produto, o que resultará inevitavelmente em longas filas diante dos estabelecimentos

³² O exemplo do controle de preços sobre o leite é demonstrado por MISES, Ludwig von. *As Seis Lições*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1998. p.40.

que comercializam leite. Tem-se, no exemplo acima, um péssimo tipo de interferência no mercado, uma vez que o incentivo que a lei conseguiu produzir foi o de diminuir a oferta de um produto.

O exemplo de controle de preços, uma interferência demasiadamente extrema, já infelizmente conhecida por grande parte das pessoas na prática, foi aqui utilizado para facilitar a compreensão daqueles efeitos que não são facilmente percebidos. Embora seja notória a inutilidade desse tipo de medida, a lógica pode ser utilizada para diversos outros tipos de interferências legais (tais como o imposto progressivo, seletividade, leis de incentivo etc.).

Voltando ao exemplo, imagine-se que a insatisfação popular decorrente da falta de leite seja naturalmente maior do que a anterior, quando ainda era possível adquiri-lo. Muitas pessoas nesse momento culparão o livre mercado pela ausência do leite, pensarão que as medidas legais adotadas não estão sendo suficientemente eficazes para corrigir as “imperfeições” do mercado, e exigirão maior regulação no mercado de leite, tendo em vista a sua importância.

Diante disso, estudar-se-ia a razão de o custo de produção do leite estar alta e, após a análise, seria constatado que o custo do leite assim estava em virtude dos altos preços da forragem utilizada na alimentação do gado. Como consequência, medidas semelhantes seriam tomadas em relação a esse produto. Logicamente, o mesmo que ocorreu com o leite iria ocorrer com a forragem e a mesma história, mais uma vez, se desenrolaria.

É possível, inclusive, que o ocorrido com o preço do leite no início do nosso exemplo tenha sido resultado de uma política dessa natureza (mas isso não se sabe).

O que importa, por ora, é que (i) há efeitos que são vistos na regulação, mas também há aqueles que não são vistos; (ii) é errado justificar a regulação de um mercado simplesmente pelo reconhecimento de “sua importância” (afinal, o leite não é suficientemente importante para justificar sua regulação?); (iii) deve ser levados em consideração quando da implementação de determinada regulação não só os efeitos a que se pretende alcançar, como também aqueles que decorrerão de sua aplicação.

Do ponto de vista mercadológico, é preciso ter cuidado com a regulação como modo de interferência direta no mercado. Isso porque geralmente as medidas legais ou regulamentares que ela implica criam benefícios (privilégios) setoriais, barreiras para a entrada de produtos, controle de preços; enfim, medidas que, em geral, acabam por proteger os agentes econômicos menos eficientes, e transferem aos restantes os custos daquela regulação.

Quando feita dessa maneira a regulação passa a ser um mecanismo de desrespeito à propriedade privada, de redistribuição arbitrária de riquezas. Como consequência, são invertidos os incentivos econômicos, fazendo com que uns se beneficiem à custa de outros. Passa-se a ter uma espécie de “espoliação legal”.

Os mercados devem ser privilegiados ante a qualquer outra forma de “troca” econômica. Está na liberdade de trocas a eficiência que permite a facilitação da circulação dos bens e o aumento do bem-estar geral.

2.5 – Propriedade, contratos e alocação eficiente de recursos

Do ponto de vista jurídico, propriedade e contrato são conceitos que se relacionam de maneira estreita com o conceito de mercado e disso decorre a importância em se reconhecer que a maior ou menor proteção

legal conferida pelo sistema jurídico a estes dois institutos influencia de maneira determinante a alocação eficiente de recursos entre os indivíduos.

Ambos, propriedade e contratos, são conceitos já tão naturais aos operadores do direito que muitas vezes resta prejudicada a análise de sua função e importância quando da avaliação e julgamento de casos concretos, e novas propostas de regulamentação.

Propriedade e contratos se transformam em premissas e são comumente são regulados por regras novas casuisticamente, através de interferência do judiciário.

Historicamente, o direito de propriedade é precariamente assegurado entre nós. Denis Rosenfield, comentando a afirmação acima, exemplifica:

“Isto vale tanto para as favelas – que constituem, num certo sentido, um mundo à parte, regido por normas que não se adequam totalmente ao sistema legal de propriedade –, quanto nas invasões de terras no campo, passando pelo desrespeito aos contratos. É como se os contratos entre os particulares só devesse ser respeitado sob certas condições que nem as partes sabem exatamente quais são. (...). Pense-se, ainda, no seqüestro da poupança privada no governo Collor, quando essa forma de propriedade foi flagrantemente afrontada. Atualmente, observamos uma desconsideração com as Agências Reguladoras, o que implica também num desrespeito aos contratos assinados, afugentando novos investidores pela insegurança produzida”³³.

A preocupação do autor envolve especificamente o desrespeito a esses dois institutos jurídicos fundamentais para o desenvolvimento do mercado. Ugo Mattei³⁴, preocupado com a pouca atenção dada ao estudo do direito de propriedade, afirma em estudo o seguinte:

“Para que serve o direito de Propriedade?

Esta pergunta, embora aparentemente banal, deve ser enfrentada por todos aqueles que desejem escrever sobre o assunto, qualquer que seja a tradição disciplinar na qual se inserem.

Como a pergunta nunca é posta na nossa doutrina civilista, um grande número de assuntos permanece desprovido de explicitação e nossos conhecimentos jurídicos

³³ ROSENFELD, Denis Lerer. *Reflexões sobre o direito à propriedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 81

³⁴ MATTEI, Ugo. Desenvolvimentos Institucionais do Direito de Propriedade. *Revista Trimestral de Direito Civil*. São Paulo: Padma, 2000. v.6, p 99-128.

são assim transmitidos de geração em geração, sem uma adequada compreensão dos pressupostos sobre os quais se baseiam. Muitas vezes o raciocínio jurídico formal e abstrato é um fim em si mesmo, exatamente porque estas perguntas simples não são colocadas na mesa da reflexão”.

Em muitos casos, antes mesmo de se falar do benefício da propriedade e do contrato no caso concreto, já se aventa sua relativização, em prol do interesse público.

Antes de adentrar a análise dos fatores que permitem e justificam a atuação do judiciário na relativização da propriedade e dos contratos – tal como o interesse público e a função social, objeto principal deste trabalho – deve-se proceder ao estudo da relação existente entre propriedade, contratos e mercado. A análise há de ser feita, obviamente, por ordem de importância, tendo em vista que não foi através da relativização da propriedade e dos contratos que se alcançou a evolução do conhecimento e o progresso humano. Interferências em relações de mercado através mecanismos legais devem ser analisadas com cuidado, pois nem sempre produzem os efeitos queridos.

Veja-se, em primeiro lugar o direito de propriedade. Deter a propriedade de algo significa ter o direito de usar, gozar e dispor de bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.

A propriedade privada é um importante incentivo para que os indivíduos busquem utilizar os bens da melhor maneira possível, ou seja, de maneira mais eficiente. Para ilustrar a afirmação, imagine-se uma sociedade na qual os direitos de propriedade sejam extintos³⁵.

Nesse cenário, pense-se em um fazendeiro que planta milho, utiliza fertilizantes e produtos agrotóxicos contra pragas, monta espantalhos para

³⁵ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Little. Brown and Company. Fourth Edition. Boston: 1992, p.32.

afugentar aves e, enfim, investe de diversas maneiras na plantação. Quando o milho está devidamente amadurecido, entretanto, seu vizinho realiza a colheita e fica com todo o milho para ele.

Diante disso, o fazendeiro não terá qualquer remédio legal contra a atitude de seu vizinho, uma vez que ele não possui direitos, quer sobre a propriedade, quer sobre o milho plantado, quer sobre a terra. A menos seja possível de alguma forma proteger a plantação feita, após algumas repetições de eventos como o acima descrito, o cultivo de quaisquer tipos de produtos naquela área será necessariamente abandonado.

Fazendeiros obviamente só incorrerão nos custos de produção se o produto de seus esforços for revertido para eles e maior do que os custos, pois, do contrário, não terão qualquer tipo de recompensa pelo esforço realizado.

O princípio de que a proteção dos direitos de propriedade cria incentivos para o uso eficiente dos recursos se aplica não somente ao milho do exemplo acima, mas a todo recurso que possua algum tipo de valor. Ao sujeito que detém a propriedade é interessante utilizá-la de maneira eficiente, tendo em vista o benefício que espera ter no futuro.

Se não o faz, está deixando de ganhar com isso. É claro que, em termos relativos, nem sempre o proprietário utilizará sua propriedade da melhor maneira possível. No caso do fazendeiro, por exemplo, pode ser que caso plantasse uvas, tivesse maior lucro do que plantando milho. No longo prazo ele e diversos outros produtores com menor ou igual margem de lucro tenderiam a plantar uvas. Com isso, a diferença entre a demanda e a oferta de uvas se reduziria, fazendo com que o preço do produto diminuísse, e, conseqüentemente, que o exercício dessa atividade já não fosse tão interessante quanto antes.

Da mesma forma que no exemplo das uvas – em que há a mudança de atividade – outros mecanismos estão sempre sendo avaliados pelos participantes do mercado em busca de benefícios (lucro), ainda que a mudança de ramo de atividade não esteja presente. É o caso, por exemplo, dos aspectos tecnológicos. Ao produzir milho com o uso de agrotóxicos, um produtor pode levar vantagem em relação a outro, pois estará reduzindo suas perdas com pragas. Ou então, pode utilizar uma forma mais sofisticada de adubar ou arar suas terras, o que fará com que consiga produzir um milho de melhor qualidade e/ou mais barato do que seus concorrentes. Em suma, são vários os aspectos que compõem a realidade da competição entre os agentes em busca do que necessitam.

Esse permanente exercício de busca de benefícios (lucro), que envolve a constante competição entre os agentes, é fundamental na busca da melhor utilização dos recursos e somente é viável em um cenário no qual os direitos de propriedade sejam bem definidos e legalmente defensáveis.

A complexa realidade que envolve o processo competitivo entre os agentes faz com que, parte das vezes, as decisões tomadas não sejam as melhores. É o caso do fazendeiro que deixou de plantar milho ao invés de plantar uvas, ou do que simplesmente não plantou nada em relação ao que plantou milho.

Determinar o que seja uma boa utilização para um bem é um processo difícil que, invariavelmente, demonstra a existência de erros, como em qualquer processo de aprendizado. A constatação posterior de se a utilização de um bem foi ou não boa, em termos relativos, é fácil; difícil é tomar a melhor decisão de antemão.

A decisão de não plantar nada, por exemplo, pode parecer ruim em relação a qualquer outra. Pensar assim, contudo, pode estar errado. Ao tomar a decisão de plantar algo o fazendeiro terá de investir naquilo (tempo, dinheiro, *know-how*, etc.) e nada garante que terá sucesso em seu empreendimento. Ao tomar a decisão, o indivíduo está se submetendo a um risco.

É possível, entre outras coisas, que toda a plantação se perca por conta de uma peste, ou então, que o sujeito nada entenda sobre plantar, de modo que o custo da informação necessária para fazer aquilo dar lucro seja muito alto para ele em relação ao risco do capital investido. Pode ser ainda, que o tempo desse sujeito tenha muito mais valor quando empregado em outra atividade – supondo que ele seja um grande médico, industrial, advogado, engenheiro, etc. – caso em que gastar tempo com a plantação continuaria a ser um prejuízo, se analisada a situação posteriormente (em termos relativos).

Por isso, a crítica com relação ao mal uso de um determinado bem é bastante complicada. Se alguém tomou determinada decisão de maneira livre, é de se supor que o fez em seu melhor interesse, ou seja, que acreditava que aquele seria o melhor uso a ser dado. Afinal, se a decisão não der certo quem arcará com os prejuízos será o próprio.

No caso do sujeito que nada plantou, pode ele ter tomado tal atitude crendo que o risco da plantação seria superior ao de nada plantar (tal como a invasão de integrantes do movimento dos sem-terra). Com isso, é claro, pode ter deixado de lucrar ao não plantar milho, ou de lucrar ainda mais, ao não plantar uvas. Mas pode também – e isso é constantemente esquecido pelas pessoas – ter evitado perdas, através de investimentos que teriam se revertido em produção de baixa qualidade e valor, na piora ou na inutilização da terra devido ao seu mau uso, ou mesmo na perda total da

plantação em virtude de uma praga. Repare-se que no segundo cenário a perda teria sido apenas do proprietário, isto é, uma perda particular; mas também uma perda (custo) social, tendo em vista que os recursos mal empregados em uma produção de baixa qualidade e valor representam o não investimento daqueles recursos em outra atividade mais benéfica.

Assim, se ao invés de gastar quantias em uma baixa produtividade que lhe causou prejuízo, o fazendeiro tivesse investido em outra coisa, como em sua própria educação, ou comprado algo, tal como um carro, ou como um bom vinho, o resultado seria socialmente melhor, pois os recursos teriam sido mais bem alocados (afinal, isso representaria o lucro para a instituição de ensino, ou para a indústria automobilística, ou para o comerciante, etc.).

Ninguém melhor do que o sujeito que está enfrentando o risco, os custos e, potencialmente, o prejuízo, para determinar o que é melhor para ele mesmo. Na verdade, o que importa é que agentes racionais, agindo livremente, tendem a fazer o melhor uso dos seus bens.

Nos Estados Unidos, e há algum tempo também na Itália, a função fundamental da propriedade é explicada aos estudantes por meio da parábola *tragédia das comunidades*³⁶. A história apresenta a importância do direito de propriedade sob outra perspectiva não menos importante, a de regulamentação restritiva do uso de recursos escassos.

Na parábola três comunidades de pescadores vivem em volta de um lago. Os peixes do lago se reproduzem demograficamente de maneira a não haver qualquer tipo de carência, apesar da atividade pesqueira das comunidades, de maneira que a quantidade de peixes é suficiente para

³⁶ MATTEI, Ugo. Desenvolvimentos Institucionais do Direito de Propriedade. Revista Trimestral de Direito Civil. São Paulo: Padma, 2000. v.6, p 106.

alimentar a todos. De repente a demanda de peixes cresce em função de mudanças alimentares de uma das comunidades, ou por qualquer outro motivo, como, por exemplo, o crescimento populacional, o que acaba por provocar o aumento do preço do peixe. O aumento do preço (em uma das comunidades) produz um incentivo ao desenvolvimento de novas tecnologias para a prática intensiva da pesca. O equilíbrio anterior fica assim prejudicado entre as comunidades, de modo que começa a faltar peixe no lago. Surge, em decorrência, um incentivo ao desenvolvimento de outras tecnologias ainda mais destrutivas por parte das outras comunidades que querem sobreviver ou, por sua vez, aproveitar as possibilidades oferecidas pelo novo mercado externo.

Caso as três comunidades que circundam o lago não cheguem a um acordo, como, por exemplo, um tratado que proíba a pesca com explosivos e um instrumento que o faça respeitar, apesar das desconfianças recíprocas, será fácil prever os resultados. Os peixes desaparecerão e as comunidades morrerão de fome.

Sem um acordo, as comunidades não terão um incentivo para autolimitar-se na pesca, por não terem a garantia de que as outras assim o fariam. Conseqüentemente na falta de uma disciplina institucional que alinhe o custo privado (de cada comunidade) com o custo social (somado das três comunidades), a “tragédia” se torna inevitável.

Em outras palavras, cada comunidade tem condições de lucrar com a pesca em grande escala, arcando apenas com um terço do custo social. Explique-se: suponhamos que o lago seja capaz de produzir 3“x” de peixes, de modo que cada comunidade, no cenário de equilíbrio, pode consumir até “x”. Imagine-se, então, que no cenário de desequilíbrio, cada comunidade passe a pescar “x”+1 peixes.

Note-se que, para tal, cada comunidade terá incorrido em um custo adicional para conseguir pescar o “+1” peixe (tal como o da compra de explosivos, de redes, de varas mais modernas). Esse é o custo privado.

Mas existe outro custo, que é incorrido pelas três comunidades em conjunto, qual seja, o de ter um lago sendo explorado em “ $3x+3$ ”, isto é, em “+3” de sua capacidade. Em algum momento não sobrariam mais peixes. O que o acordo institucional faz é alinhar o custo privado (de cada sociedade) com o custo social (das três comunidades).

O exemplo acima demonstra a lógica da propriedade privada. Ao mesmo tempo em que a propriedade privada representa um incentivo na busca de benefícios próprios, diante da escassez e necessidade dos bens, conforme visto no exemplo do fazendeiro; representa, também, um importante modo de autolimitação. O acordo institucional entre as comunidades do exemplo nada mais é o do que a instituição de uma espécie de propriedade privada sobre os peixes do lago. O direito de propriedade não é apenas uma relação direta de uma pessoa com um bem determinado, ou a relação do trabalhador com o produto do seu trabalho, mas um sistema legal de reconhecimento³⁷.

Deve-se notar que o exemplo acima supõe igualdade de forças entre as comunidades suficiente para que estas não prefiram simplesmente, ao invés de brigar pelo peixe, matar outra(s) comunidade(s). Neste caso as comunidades mais fortes simplesmente eliminariam as mais fracas. De qualquer maneira, em algum momento (ainda que somente uma das comunidades tivesse restado), o equilíbrio de forças faria com que os indivíduos não mais tentassem matar uns os outros. O risco de ser morto faria com que os indivíduos cooperassem.

³⁷ ROSENFELD, Denis Lerer. *Reflexões sobre o direito à propriedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.80.

Para que existam incentivos ao uso eficiente da propriedade é preciso que os direitos a ela relativos sejam plenamente transferíveis³⁸. Suponha-se que aquele fazendeiro do exemplo descrito seja péssimo no que faz. Um sistema eficiente deve ser aquele pelo qual o fazendeiro seja induzido a transferir sua propriedade a quem trabalhe naquilo com maior eficiência, de modo que possa o fazendeiro se dedicar e empregar seus recursos em outra atividade. A troca voluntária de direitos sobre bens é fundamental para que haja a mudança de uso dos recursos de modo menos eficiente para mais eficiente. E aqui se coloca a importância dos contratos.

Contrato é o vínculo jurídico que representa o acordo de vontades capaz de criar, modificar ou extinguir direitos. Através dele as partes se obrigam a realizar ou a não realizar determinada ação. É a disciplina jurídica dos contratos a responsável por garantir a efetividade dos acordos e a estabilidade das relações no mercado. Em outras palavras, a principal função dos contratos é evitar o descumprimento de obrigações de uma das partes em relação à outra, garantindo o cumprimento de todas as regras entre eles pactuadas e reduzindo os custos da operação.

Mercado, propriedade, contratos e liberdade são fatores determinantes para a alocação de recursos. Os recursos disponíveis aos indivíduos são permanentemente realocados com o fim de obtenção de benefícios. Recursos (riqueza) não são bens estáticos, a riqueza não consiste em um montante fixo; sua existência depende de produção, que, por sua vez, pressupõe a existência investimentos (tempo, outros recursos, etc.). O que determina a geração de capital e a criação de bens não é a quantidade de recursos já existente, mais sim a forma como estes são alocados.

³⁸ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Little. Brown and Company. Fourth Edition. Boston: 1992, p.33.

Para ilustrar a afirmação, imagine-se uma realocação de recursos humanos, ou seja, entre pessoas. Suponha-se que alguém fosse capaz, tal como um governo ditatorial, de, por sua vontade, realocar as pessoas em outras atividades que não aquelas que elas desenvolviam anteriormente. O advogado passaria a fazer a função do engenheiro, o médico a do administrador de empresas, o atleta a do químico, e assim por diante. Não é difícil vislumbrar o enorme caos e retrocesso social que isso representaria. Isso porque as pessoas que investiram a fim de saber realizar de maneira satisfatória um determinado ofício teriam, no novo cenário, que aprender (investir) inúmera quantidade de coisas que não sabiam fazer.

O caos seria resultado de uma má alocação de recursos; no caso do exemplo, de recursos humanos.

Ao contrário, imagine-se agora um cenário em que o mercado competitivo consegue, através da negociação e trocas entre seus agentes, fazer com que os melhores profissionais ocupem as melhores posições e que, através da realocação, os maus profissionais sejam estimulados a desenvolverem outras atividades. Nesse caso, tende-se a uma situação de alocação eficiente de recursos: o bom advogado cuidará das causas mais importantes, o bom atleta estará com as melhores condições de treinamento, o bom engenheiro cuidará dos empreendimentos mais complexos, e assim por diante.

A alocação eficiente de recursos representa um cenário de maior produção de riquezas, ou seja, de maior bem-estar social. Dois aspectos decorrem da realidade de um mercado agindo em benefício da melhor alocação de recursos. O primeiro é o reconhecimento de que realocações são necessárias e, no curto prazo, nem sempre são ou parecem vantajosas, e o segundo é a noção de que a liberdade de certos mercados é fundamental

para a transferência de recursos de agentes superavitários para agentes deficitários, tais como o mercado financeiro e o de capitais.

Quanto ao primeiro aspecto, o que acontece é que ao realocar um determinado recurso, pode acontecer que a nova organização seja prejudicial para alguém no curto prazo. É assim que se, por exemplo, deixo de investir uma grande quantia em uma empresa para investir em outra, haverá, no curto prazo, uma consequência negativa para aquela. A nova organização, supondo que seja mais eficiente que a anterior, embora represente um benefício social – já que as vantagens do novo investimento são superiores as do antigo – não evita que a empresa preterida seja prejudicada. Provavelmente a falta de investimento fará com que empregados da empresa sejam dispensados, programas sociais e ambientais por ela desenvolvidos sejam abortados, comunidades próximas às empresas sejam prejudicadas etc.

Isso acontece, igualmente, quando um funcionário mais eficiente é contratado no lugar de outro. No curto prazo, este ficou desempregado e isso é um efeito negativo. Mas esse processo é fundamental para que se alcance uma alocação de recursos melhor. Supondo que a medida é eficiente, as vantagens da mudança tendem a naturalmente superar suas desvantagens.

Além disso, o benefício que no curto prazo não existe, por exemplo, para a empresa que perdeu o investimento, pode ser alcançado de outras formas. Para tal, é importante que haja um sistema capaz de propiciar de maneira eficiente a transferência de capital de agentes superavitários para os deficitários. Em outros termos, a riqueza produzida é riqueza poupada, e esta é reinvestida em alguma outra atividade. Os recursos adicionais produzidos não ficam em cofres, estáticos, mas ao contrário, são empregados em outras atividades que necessitam de investimentos. Os

mercados, financeiro e de capitais, nesse sentido, exercem relevante papel na transferência de capitais. De maneira simplificada, o que ocorre nesses mercados é a viabilização da circulação de capital, através de, por exemplo, empréstimos a juros, para financiar outras atividades. O mercado financeiro, em regra, proporciona isso através da intermediação de instituições financeiras, enquanto o de capitais tem por característica o investimento direto na atividade.

A lógica da realocação de recursos, acima descrita, aliada à proteção aos direitos de propriedade e liberdade dos indivíduos, contida no exemplo do fazendeiro, demonstra a dinâmica do funcionamento dos mercados na prática. Como se vê, o mercado funciona por um conjunto de relações civilizadas e pacíficas (contratos), movidas por interesses individuais de agentes livres e capazes, por meio das quais é possível aumentar a utilidade dos bens através transferência da propriedade, o que tende a proporcionar uma melhor alocação dos recursos.

No Brasil, o regime legal dos direitos de propriedade e dos contratos, no entanto, atribui a esses institutos a necessidade do atendimento de sua função social. Conforme visto, são vários os dispositivos da Constituição Federal que tratam da função social. Os comandos legais que tratam da matéria não prescrevem condutas objetivas e claras, apenas expressões gerais que indicam a existência de limitações ao exercício aos direitos relativos à propriedade e aos contratos. A relativização desses direitos fundamenta-se na idéia de que seu exercício deve obedecer ao interesse social.

A extensão das limitações que a lei impõe aos institutos, em especial a da função social, por não estar claramente definida, depende em grande parte de construção doutrinária.

A análise histórica do instituto e de sua aplicação, por isso, pode ser proveitosa para sua compreensão.

CAPÍTULO 3 – A FUNÇÃO SOCIAL

Antes de procurar saber o que é função social da empresa, é preciso entender o que significa a expressão “função social”. A acepção que surge da expressão irá, sem dúvida, variar de pessoa para pessoa, dada a imprecisão do conceito.

Começar pela separação dos termos “função” e “social” pode ser uma forma útil, ao menos de início, para começar a buscar o sentido da expressão. Recorrendo ao dicionário, tem-se por função a ação própria ou natural de um órgão, aparelho ou máquina; prática ou exercício de cargo, serviço, ofício; utilidade, uso, serventia; posição ou papel³⁹. Já o termo “social” significa aquilo que é da sociedade ou relativo a ela, isto é, o que se refere a um grupamento de pessoas que convivem por vontade própria sob normas comuns. Das definições acima, a combinação das palavras que mais se adequaria ao que se entende hoje em dia por função social é a de utilidade para a coletividade dos indivíduos.

Segundo Eduardo Tomasevicius Filho, a idéia de função social foi formulada pela primeira vez por São Tomás de Aquino, quando afirmou que os bens apropriados individualmente teriam um destino comum, que o homem deveria respeitar. Para o santo, Deus tem domínio principal e absoluto sobre todas as coisas do universo, mas o homem tem direito de adquirir bens para viver, subsistir, para atender ao seu fim⁴⁰. O autor afirma que a função social, no entanto, ganhou força apenas no século XIX, devido a profundas alterações econômicas e sociais que ocorreram naquele período.

³⁹ Definição conforme CD-ROM: “Dicionário Aurélio Eletrônico – Século XXI”.

⁴⁰ MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. Desmistificando a função social da propriedade com base na constituição federal e legislação infraconstitucional. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 860, p.92. jun./2007.

O pensamento que hoje se identifica ao de função social, teria surgido de idéias ligadas ao socialismo, como forma de reação aos abusos praticados pelo exercício estrito da “racionalidade ilimitada”, característico do racionalismo. Para ele, um importante documento que pode ser identificado nesse sentido seria a Encíclica *Rerum Novarum*, de Leão VIII, escrita em 1891. A idéia estaria contida no artigo 16 da Encíclica, que propunha o seguinte aos patrões:

“(...) não considerar os trabalhadores como escravos; respeitá-los, como é justo, a dignidade da pessoa humana, sobretudo enobrecida pelo que se chama de caráter cristão. (...) Tampouco deve impor-lhes mais trabalho do que podem suportar suas forças, nem de uma classe que não seja condizente com sua idade e sexo”.

Ao referido autor parece que a importância da Encíclica *Rerum Novarum* não estava em falar de função social, já que nenhuma referência a esse termo é feita, mas sim de reclamar melhorias nas condições de vida dos trabalhadores.

Para outros autores, com Maria Sylvia Sylvia Zanella Di Peitro, a inspiração mais próxima da função social é a doutrina social da Igreja, tal como exposta nas Encíclicas *Mater et Magistra*, do Papa João XXIII, de 1961, e *Populorum Progressio*, do Papa João Paulo II, nas quais se associa a propriedade a uma função social, ou seja, a de servir de instrumento para a criação de bens necessários para a subsistência de toda a humanidade. Entretanto, há muito já existiam referências legais à função social, tal como na Constituição de Weimar, como veremos adiante.

Entendida como uma expressão única, função social originou-se, provavelmente, no campo da sociologia com Émile Durkheim⁴¹. A idéia

⁴¹ ACCIOLY, João Carlos de Andrade Uzêda. *Brasil: A Caminho da Servidão*. Texto premiado pelo Instituto Liberal em 2005, no II Prêmio Donald Stewart, Jr. Disponível em <www.institutomillennium.org/upload/leitura/joaoccioly.pdf>; e SZTAJN, Rachel. Função Social do Contrato e Direito de Empresa. Revista de Direito Mercantil. São Paulo: Malheiros. p..30. set./out./2002.

surge do funcionalismo, ramo da sociologia que teve como precursor Durkheim, mas que ficou assim conhecido posteriormente graças, especialmente, a Robert K. Merton, Talcott Parsons, que desenvolveram as idéias daquele autor. Função social, na sociologia, é um aspecto da existência de institutos na sociedade, e serve para compreendê-los. É o modo pelo qual um instituto interage com os outros institutos, dentro da organização de determinada sociedade⁴².

A análise funcionalista procura saber de que maneira um elemento se relaciona com os outros elementos do mesmo sistema social e com o sistema social como um todo. A partir disso, verifica-se se os elementos interferem no sistema, provocando sua disfunção, ou se contribuem para a sua manutenção, sendo funcionais. Embora a origem da função social tenha sido influenciada por essa escola, o conceito técnico da sociologia pouco se relaciona com o que se entende por função social na atualidade.

A difusão da noção de função social teve, nos campos filosófico e jurídico, dois expoentes como seus propagadores, Karl Renner e Léon Duguit⁴³. Duguit via na idéia de função social uma obrigação, uma função por parte o proprietário (propriedade-função). A idéia de função social deveria substituir a de direito subjetivo. O proprietário, assim, é apenas o detentor da riqueza, e deve utilizá-la de maneira socialmente útil. A percepção de Duguit padecia de uma excessiva supressão da liberdade individual⁴⁴. Para o autor, a função social é:

“...a la realista y socialista: realista, porque descansa en el hecho de la función social observado y comprobado directamente; socialista, porque descansa en las condiciones mismas de la vida social. La regla jurídica, que se impone a los hombres, no tiene por fundamento el respeto y la protección de derechos individuales que no existen, de una manifestación de voluntad individual que

⁴² ACCIOLY, João Carlos de Andrade Uzêda. *Brasil: A Caminho da Servidão*. Texto premiado pelo Instituto Liberal em 2005, no II Prêmio Donald Stewart, Jr. Disponível em <www.institutomillennium.org/upload/leitura/joaoccioly.pdf>.

⁴³ In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO Bruno Paiva, *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 857, p. 15, mar./2007.

⁴⁴ In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO Bruno Paiva, *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 857, p. 16, mar./2007.

por si mesma no puede producir ningún efecto social. Descansa en el fundamento de la estructura social, la necesidad de mantener coherentes entre si los diferentes elementos sociales por el cumplimiento de la función social que incumbe a cada individuo a cada grupo. Y así es como realmente una concepción socialista del Derecho sustituye a la concepción individualista tradicional”⁴⁵.

Duguit, como informa Robério Nunes dos Anjos Filho⁴⁶, formulou a teoria da propriedade como uma função, pregando a transformação da noção jurídica da propriedade, que teria se socializado:

“Sin embargo, la propiedad es una institución jurídica que se ha formado para responder a una necesidad económica, como por otra parte todas las instituciones jurídicas, y que evoluciona necesariamente con las necesidades económicas mismas. Ahora bien, en nuestras sociedades modernas la necesidad económica, a la cual ha venido a responder la propiedad institución jurídica, se transforma profundamente; por consiguiente, la propiedad como institución jurídica debe transformarse también. La evolución se realiza igualmente aquí en el sentido socialista. Está también determinada por una interdependencia cada vez más estrecha de los diferentes elementos sociales. De ahí que la propiedad, por decirlo así, se socialice. Esto no significa que llegue a ser colectiva en el sentido de las doctrinas colectivistas; pero significa dos cosas: primeramente, que la propiedad individual deja de ser un derecho del individuo, para convertirse en una función social; y en segundo lugar, que los casos de afectación de riqueza a las colectividades, que jurídicamente deben ser protegidas, son cada día más numerosos.”

Renner, por sua vez, elaborou o conceito de função social com base na idéia de Marx de que a economia era a estrutura da sociedade, e o direito, a superestrutura que garantia o funcionamento da economia. Em sua monografia *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion – Ein Beitrag zur Kritik des bürgerlichen Rechts*⁴⁷, o jurista analisa a propriedade privada sob a ótica marxista como fundamento da civilização burguesa⁴⁸. Para ele, a função social de um instituto seria o reflexo da função econômica no âmbito econômico, ou seja, sua finalidade.

⁴⁵ In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO Bruno Paiva, Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 857, p. 16. mar./2007.

⁴⁶ ANJOS FILHO, Robério Nunes. A Função Social da Propriedade na Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/agrario/roberio-a_funcao_social.pdf. Acesso em: 30 maio 2008.

⁴⁸ COMPARATO, Fabio Konder. Estado, Empresa e Função Social. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.732. p.41 out. 1996.

Veja-se, nas palavras do próprio Renner, o que este entendia sobre a função social:

*“Qualquer processo econômico que observe isoladamente do ponto de vista técnico é por sua vez uma parte da totalidade do processo social de produção e reprodução, separado pelo pensamento. Se esse processo for visto em conjunto, a função econômica torna-se função social do instituto jurídico”.*⁴⁹

O conceito de Renner é interessante. Se a função social é a função econômica, não há no conceito absolutamente nada de novo. A função social seria apenas o simples existir de determinado instituto (propriedade, contratos, empresa), já que estes representam fenômenos econômicos.

Se aplicada à empresa, como ressaltam Guilherme Calmon e Bruno Bartholo, segundo o raciocínio de Renner, bastaria que esta, para exercer sua função social, fosse um centro produtor de riquezas, congregando capital e trabalho, perfil este que se enquadraria perfeitamente na tradicional concepção individualista e liberal “que tem esse instituto enquanto mero gerador de dividendos para os empresários e investidores de um empreendimento”. Dessa forma, a função social não teria, nesses termos, um papel promocional, sendo tão-somente o reconhecimento jurídico da realidade tal qual esta se apresenta⁵⁰. Assim, o conceito de função social seria simplesmente o reconhecimento de sua existência.

Atente-se como, curiosamente, o conceito de Renner se assemelha ao de Durkheim, representando a análise descritiva de um objeto a fim de saber-se sua finalidade ou utilidade. Dessa forma, a empresa, segundo Renner, teria uma função social de ser simplesmente um instrumento econômico para a produção e circulação de bens e serviços.

⁴⁹ In: TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação*. In: Revista dos Tribunais. p.33.50. abr./03.

⁵⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO Bruno Paiva, Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 857, p. 16. mar./2007.

Juridicamente, a noção de função social surgiu na Constituição de Weimar de 1919, que contou com a participação de Renner. Com a promulgação da Constituição o instituto ganhou enorme proporção. Em seu artigo 153, última alínea, dispunha ela que a propriedade obriga e seu uso deve ser também um serviço ao bem comum⁵¹. O artigo dava à propriedade privada em geral a idéia de que esta tem que servir ao “interesse da coletividade”⁵².

Até hoje, porém, nenhuma autoridade alemã conseguiu explicar em que consistiriam os deveres sociais positivos do proprietário em relação à coletividade⁵³.

Além do artigo 153, há na Constituição de Weimar outros que procuram reconhecer na propriedade alguma relação com a coletividade. O artigo 155 da Constituição, que tratava especificamente da propriedade rural e das riquezas naturais, dispunha o seguinte:

“...The owner of the soil is obliged to the community to cultivate and exploit the soil. Any increase in the value of the real estate which does not result from the investment of labour or capital has to be made utilisable to the community. All mineral wealth and all economically utilisable natural energy sources are under state supervision. Private rights are to be transferred into state property by the means of legislation”⁵⁴.

O polêmico dispositivo de cunho “socializante” representava a total relativização da propriedade rural. O artigo⁵⁵ permaneceu, como nos informa Fabio Konder Comparato, inaplicado, tendo a Corte Constitucional decidido, em famoso aresto acerca da privatização das instalações

⁵² Note-se que embora a criação da função social seja atribuída à Constituição de Weimar, não há o emprego da expressão função social, mas sim “interesse coletivo” e que esta última não denota tão claramente a idéia de finalidade, assim como o faz a expressão “função social”.

⁵³ COMPARATO, Fabio Konder. Estado, Empresa e Função Social. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.732., p. 41. out. 1996.

⁵⁴ Versão em inglês da Constituição, disponível no site <http://www.zum.de/psm/weimar/vve.php>

⁵⁵ COMPARATO, Fabio Konder. Estado, Empresa e Função Social. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.732., pg.41 out. 1996.

(obs: Embora faça referência ao artigo 15 da Constituição, Comparato referia-se ao art. 153).

industriais da *Volkswagen*, que o art. 153 não impõe a socialização da propriedade privada.

Aquela constituição continha, ainda, outros dispositivos relevantes que apresentavam características restritivas da liberdade individual. O mais importante, sem dúvida, era o artigo 48, que dispunha o seguinte:

“If a state does not fulfil the obligations laid upon it by the Reich constitution or the Reich laws, the Reich President may use armed force to cause it to oblige. In case public safety is seriously threatened or disturbed, the Reich President may take the measures necessary to reestablish law and order, if necessary using armed force. In the pursuit of this aim he may **suspend the civil rights** described in articles **114, 115, 117, 118, 123, 124 and 154**, partially or entirely. The Reich President has to inform Reichstag immediately about all measures undertaken which are based on paragraphs 1 and 2 of this article. The measures have to be suspended immediately if Reichstag demands so. If danger is imminent, the state government may, for their specific territory, implement steps as described in paragraph 2. These steps have to be suspended if so demanded by the Reich President or the Reichstag. Further details are provided by Reich law” (grifamos).

Os artigos referidos no artigo 48 da Constituição de Weimar tratavam, basicamente, dos direitos individuais tais como o de inviolabilidade de domicílio, inviolabilidade de correspondência, privacidade, direito de reunião e de associação, e direito de herança.

O dispositivo era uma porta aberta para a arbitrariedade. E o resultado disso não poderia ter sido diferente. O artigo 48 da Constituição de Weimar teve papel fundamental na ascensão do regime nazista⁵⁶, sendo utilizado por Adolf Hitler para acabar com a República de Weimar e criar o Terceiro *Reich*⁵⁷.

Em 30 de janeiro de 1933, Adolf Hitler foi nomeado chanceler da Alemanha. Em 27 de fevereiro, o Parlamento Alemão foi incendiado. O

⁵⁶ Schools History. *The Seeds of Evil: The Rise of Hitler*. Disponível em <http://www.schoolshistory.org.uk/ASLevel_History/weimarconstitution.htm>. Acesso em 30.05.08.

incêndio foi o primeiro passo de uma revolução comunista, segundo a versão nazista. O fogo foi utilizado por estes como pretexto para obrigar o Presidente Von Hindenburg a assinar o *Reichstag Fire Decree*, oficialmente o *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat*. Nos termos do decreto, emitido por Von Hindenburg, com base no artigo 48, ao governo foi dada autoridade para restringir direitos constitucionais incluindo a liberdade de expressão, liberdade de imprensa, direitos de reunião, vida privada, serviço postal, telegráfico e telefônico⁵⁸.

O decreto foi um dos primeiros passos os nazistas tiveram em direção ao estabelecimento de uma ditadura de partido único na Alemanha. Com vários postos do governo nas mãos dos nazistas e com as proteções constitucionais sobre as liberdades civis suspensas, os nazistas tiveram a possibilidade de utilizar a polícia para reprimir, intimidar, e prender a sua oposição.

A idéia de restrições aos direitos individuais, especialmente ao direito de propriedade através da função social, não ficou restrita à Alemanha. Ainda no início do século XX, outros pensadores já desenvolviam a idéia de relativização da propriedade. Na Itália, surgiu a conhecida concepção fascista da propriedade, que contrapunha a propriedade individual e egoísta, de um lado, e a utilidade pública de outro⁵⁹.

Assim como a Constituição de Weimar, outras constituições vieram a adotar a idéia de função social sobre a propriedade, tais como a italiana, a espanhola e a brasileira. A função social, como se vê, teve origem na propriedade e só posteriormente veio atingir os contratos e a empresa. Hoje

⁵⁸ Vide http://en.wikipedia.org/wiki/Article_48_%28Weimar_Constitution%29. Acesso em 30.05.08.

⁵⁹ MATTEI, Ugo. Desenvolvimentos Institucionais do Direito de Propriedade. Revista Trimestral de Direito Civil. São Paulo: Padma, 2000. v.6, p.119. abr./jun.2001.

em dia, se fala em função social do advogado⁶⁰, da família⁶¹, do mercado, etc.

Eduardo Tomasevicius destaca três possíveis significados para a função social. Em primeiro lugar, significa “finalidade”, “papel”. Esse significado de função social refere-se à idéia de Karl Renner sobre função social, como imagem da função econômica de determinado instituto. Nesse sentido, todos os institutos jurídicos têm função social.

O segundo sentido é o de serviço realizado em benefício de outrem. A função indica relação entre duas pessoas, sendo que uma delas age ou presta um serviço em benefício da outra. O instituto da função social constitui uma “solução de compromisso” entre interesses em conflito. O conflito, segundo ele, dá-se entre o direito subjetivo tutelado pela ordem jurídica e a exclusão dos demais ao acesso ao bem ou direito. Assim, aplicado esse raciocínio ao direito de propriedade, significa dizer que, se por um lado o proprietário tem direito (subjetivo) pelo de usar, gozar e dispor de seus bens, por outro a exclusão de todas as pessoas de acesso aos bens do titular pode causar uma situação injusta. Permite-se, por esse sentido de função social, o exercício de determinado direito, mas pode-se exigir que esse exercício seja socialmente útil. Portanto, nesse sentido, a essência do termo função social implica em uma compensação, a qual se dá por meio da realização de deveres de ação ou de abstenção por parte do titular de um direito subjetivo.

O terceiro significado de função social, usado de maneira imprópria, é o de “responsabilidade social”. Nesse caso, que aparece relacionado à função social da empresa, é o de atribuição de deveres não relacionados

⁶⁰ Art. 2, § 1, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

⁶¹ REALE, Miguel. A Função Social da Família no Código Civil. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoc.htm>. Acesso em 30.05.08.

com a atividade da empresa, tais como auxiliar na preservação da natureza, no financiamento de atividades culturais, ou no combate de problemas sociais, como o trabalho e prostituição infantis.

Há uma diferença substancial entre os conceitos sobre os quais função social opera. Sob a perspectiva descritiva, pode-se dizer que qualquer coisa tem função social. Nesse sentido – o primeiro destacado pelo autor – o reconhecimento da função social de determinada coisa nada mais é do que a exposição circunstanciada de suas características e de seu modo de interação com outras coisas. Posso, assim, dizer que a literatura possui função social, pois serve como modo de propagação de conhecimento e cultura entre as pessoas. Não decorre, ou ao menos não deveria decorrer dessa perspectiva, qualquer tipo de obrigação, pois que a função social é inerente ao próprio objeto, ou seja, é característica intrínseca sua ou de seu uso.

O segundo significado parece ser o fundamento determinante para o surgimento de obrigações aos proprietários e contratantes. A função social serve aqui como uma forma de solucionar o conflito entre o titular do direito e os “excluídos” do benefício desse direito. Como afirma Tomasevicius, é forma de evitar a injustiça.

O terceiro significado, que é ligado à empresa, não é desenvolvido pelo autor, mas será objeto de nossa atenção adiante.

O que fica claro da consulta à doutrina pátria é que algumas vezes o conceito é utilizado em sentido “socializante”. Por detrás desse sentido, mora a idéia de Estado intervencionista, centralista, planejador. Ter função social, sob esse aspecto, é ter um papel social, agir em prol da transformação social, em busca situações mais justas, igualitárias. A função social assim entendida é dissociada e contraposta à função econômica,

transformando-se mais no que parece ser uma espécie de “função-socialista”.

As espécies de conceitos acima descritos, descritiva (Renner), que procura evitar injustiças, e a “socializante”, ordinariamente se misturam.

A concepção jurídica de função social, no entanto, possui significado em parte diferente. Ao se reconhecer a existência de função social sobre determinada coisa, seja sob a forma de limitação do exercício de um direito ou como forma de imposição de deveres positivos, são introduzidas em seu significado obrigações que condicionam ou mesmo autorizam o exercício de um direito.

A função social para o direito, entendida como aquela capaz de criar obrigações (aos proprietários e contratantes), é aquela estabelecida pela lei e, portanto, somente são incidentes as obrigações a ela inerentes aos institutos que ela enumera (propriedade, contratos, empresa).

A questão está em se identificar a extensão de seus efeitos sobre cada um desses institutos.

3.1 – A função social da propriedade

Acompanhar a evolução histórica do direito de propriedade no Ocidente torna possível a compreensão da diversidade de idéias que acompanham a função social da empresa. Permite, também, que sejam evitadas atitudes ideológicas que visam sacralizar ou demonizar o instituto⁶². A análise de professor Ugo Mattei sobre a evolução da função social da propriedade é precisa:

⁶² MATTEI, Ugo. Desenvolvimentos Institucionais do Direito de Propriedade. Revista Trimestral de Direito Civil. São Paulo: Padma, 2000. v.6, p 111.

“Mais uma vez, foram as observações político-filosóficas desenvolvidas no debate europeu do início do século que mudaram a perspectiva, pelo menos em parte. Na França, Josserand e os juristas inquietos, na Alemanha, Gierke e os sociólogos, epígonos da jurisprudência dos interesses, e, na Itália, a chamada concepção fascista da propriedade, todas acabaram indo na mesma direção. O estado foi mantido no centro da cena, segundo aquilo que já era o ensinamento hegeliano, e a propriedade privada, individual e egoísta, tendencialmente contraposta à utilidade pública (representada pelo estado) não foi redesenhada estruturalmente, mas simplesmente limitada por fora, para suposta vantagem da coletividade. Esta evolução acabou levando mais uma vez o foco do discurso ao modelo constitucional, e principalmente à constituição econômica. De fato, não é por acaso que as cartas constitucionais, de Weimar em diante, contêm artigos de certa forma polêmicos para com a propriedade privada, concebida como direito fundamental. Paradoxalmente, o esforço para limitá-la, para funcionalizá-la, para circunscreve-la e para coloca-la em sintonia com a utilidade social confirma a *crittotipo* naturalístico, numa visão do direito positivo fortemente engajado na batalha contra uma propriedade privada egoísta, relutante em deixar-se controlar e domar, de maneira a não ser socialmente prejudicial.

(...)

A fusão do discurso político-constitucional com o técnico-jurídico, e o triunfo das exigências e dos paradigmas do primeiro sobre o segundo não estavam, ademais, destinados a apresentar uma conta pouco salgada para a ciência jurídica. Esta atitude polêmica com relação à propriedade privada certamente era motivada no plano sociológico pela intenção justa e compartilhável de evitar sua acumulação indiscriminada e a conseqüente produção de uma inaceitável divisão social. É hoje evidente a confusão entre a substância sociológica do problema e a sua forma jurídica. A resistência de grande parte da reflexão jurídica, filosófica e sociológica contemporânea em utilizar a propriedade privada, mesmo que somente como um meio analítico das complexas temáticas jurídicas inerentes aos novos bens, parece-me ser um legado caro daquela atitude originária”⁶³.

Segundo a Constituição brasileira de 1946, a propriedade deveria servir ao "bem estar social", passando a ter, só na Constituição de 1967, fundamento na "função social da propriedade". A redação foi mantida na Constituição de 1988. Na Constituição inseriram-se a propriedade privada e sua função social como princípios de ordem econômica, passando-se a relativizar o direito de propriedade submetendo-o ao indefinido conceito de função social.

A função social da propriedade, segundo José Afonso da Silva, não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. O autor, seguindo as idéias de Renner, afirma que estas dizem respeito ao exercício

⁶³ MATTEI, Ugo. Desenvolvimentos Institucionais do Direito de Propriedade. Revista Trimestral de Direito Civil. São Paulo: Padma, 2000. v.6, p 119.

do direito, ao proprietário; e aquela se refere à estrutura do direito mesmo, à propriedade. Nas palavras do autor:

“...a função social da propriedade se modifica com as mudanças na relação de produção. E toda vez que isso ocorrer, houvera transformação na estrutura interna do conceito de propriedade, surgindo nova concepção sobre ela, de tal sorte que, ao estabelecer expressamente que a propriedade atenderá a sua função, mas especialmente quando o reputou princípio da ordem econômica, ou seja: como um princípio informador da constituição econômica brasileira com o fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, II e II), a Constituição não estava simplesmente preordenando fundamentos às limitações, obrigações e ônus relativamente à propriedade privada, princípio também de ordem econômica e, portanto, sujeira, só por si, ao cumprimento daquele fim. Pois, limitações, obrigações e ônus são externos ao direito de propriedade, vinculando simplesmente a atividade do proprietário, interferindo tão-só com o exercício do direito, os quais se explicam pela simples atuação do poder de polícia”⁶⁴.

Para o autor, a função social da propriedade não é mera relação obrigacional correspondente a um dever qualquer. É mais que isso: representa o fundamento jurídico do regime do direito de propriedade, ou como o próprio se refere, “fundamento da atribuição desse direito, de seu reconhecimento e da sua garantia mesma, incidindo sobre seu próprio conteúdo”⁶⁵. E vai além o constitucionalista, afirmando o seguinte:

“...é certo que o princípio da função social não autoriza a suprimir, por via legislativa, a instituição da propriedade privada. Contudo, parece-nos que pode fundamentar até mesmo a socialização de algum tipo de propriedade, onde precisamente isso se torne necessário à realização do princípio, **que se põe acima do interesse individual**. Por isso é que se conclui que o direito de propriedade (dos meios de produção especialmente) não pode mais ser tido como um direito individual” (grifado).

A concepção do autor encara a função social como elemento interno da propriedade, praticamente sua razão de ser. Isso quer dizer mais do que afirmar que a propriedade atenderá sua função social; significa que a propriedade serve para cumprir sua função social.

Pode parecer inútil tal discussão. Na verdade, do ponto de vista prático o que importa para os fins desse trabalho é que a função social

⁶⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo . 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 1989, p. 251.

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo . 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 1989, pg. 249.

representa uma obrigação para o proprietário, sendo que sua natureza, se de mera limitação, como dever positivo ou se inerente a sua estrutura, é irrelevante. Ocorre que a afirmação de que a propriedade serve para cumprir sua função social implica uma lógica interessante: se a função social é inerente à propriedade, logo sua existência independe de lei. Isto, aliás, está explícito próprio discurso de José Afonso da Silva, quando afirma que “a funcionalização da propriedade é um processo longo. Por isso é que se diz que ela sempre teve uma função social”⁶⁶.

Este fato poderia aproximar aqueles que assim pensam ao conceito da função social tal Durkheim, ou seja, a função descritiva. Mas não, as conseqüências dessa doutrina vão além, pois embora entendam a função social como um fenômeno descritivo da propriedade, não deixam, por isso, de vislumbrar obrigações as que dela decorrem.

Como conseqüência disso, temos obrigações sendo geradas sem a existência de qualquer norma legal, que se fundamentam em questões de ordem pública, ou interesse supra-individual. Se for isso que se pretende ao sustentar que a função social é inerente à propriedade, a discussão passa do plano jurídico (positivo) para o moral ou filosófico, e muitas são as possibilidades que podem surgir daí: a definição dos tais deveres irá variar substancialmente em função das convicções ideológicas de cada sujeito. Em outras palavras, as obrigações decorrentes da função social serão aquelas que o interprete quiser, sem qualquer compromisso com o que está ou não escrito na lei.

A melhor interpretação não parece ser essa. Do contrário, estaríamos descartando até as raras aparições que detalham a extensão da função social na legislação, tais como as que tratam da função social da propriedade rural,

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo . 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 1989, pg. 249.

as quais, se por um lado impõem obrigações que caso não cumpridas podem ensejar a perda da propriedade, por outro servem minimamente com uma forma de garantia aos proprietários, que sabem que não serão desapropriados sem a devida compensação, na forma da lei.

Fabio Konder Comparato, por sua vez, embora faça distinção entre os limites negativos do direito de propriedade (restrições ao uso e gozo dos bens particulares), adota posição mais branda com relação à função social. Ao analisar o artigo 14, II⁶⁷, da Constituição da Republicana Alemã, o autor foca sua atenção no fato de que a norma tem, indubitavelmente, o sentido de uma imposição de deveres positivos ao proprietário, mas reconhece a dificuldade de aplicação prática do instituto. Na esteira dos ensinamentos de Seifert e Hömig, Comparato diz que a apropriação e a utilização da propriedade privada alheia, sem autorização legal, por exemplo, não pode ser justificada pelo art. 14, II. A fronteira entre a determinação do conteúdo e a vinculação social, de um lado, e a desapropriação, de outro lado, é problemática⁶⁸.

Marcelo Vieira Rechtman propõe aplicação mais restritiva da função social:

“Infelizmente, examinando exemplos através do mundo, o único consenso positivo a que conseguimos chegar para a aplicação da função social da propriedade parece ser quanto à existência de um dever negativo imposto ao proprietário no uso de seus bens, notadamente os imóveis. É vedada a manutenção de latifúndios improdutivos por donos de terras rurais, sendo tal omissão punível com a expropriação. Não se busca, todavia, o alcance de um efetivo dever positivo que seria o real objetivo da norma, traduzindo este na utilização dos bens visando a obtenção de um interesse final coletivo. Um dever que imporia ao proprietário, tal como ao condutor de uma locomotiva, a obrigação de trilhar seu caminho sob um rumo pré-determinado, visando o bem de todos os que estão ao seu redor”⁶⁹.

⁶⁷ “A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir o interesse da coletividade”.

⁶⁸ COMPARATO, Fabio Konder. *Função Social da Propriedade dos Bens de Produção*. Revista de Direito Mercantil. São Paulo: Malheiros. nº 63. p. 75. jul./set. 1976.

⁶⁹ In: NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p.285.

Ressalte-se mais uma vez que independentemente da natureza da função social, se de limitação, poder-dever ou inerente a propriedade, o que importa, do ponto de vista prático, é que o fim da norma parece ser o de estabelecer deveres ao proprietário.

Para que a presente análise sobre a função social da propriedade não careça de fundamentos e tendo em vista que a doutrina trata da matéria de maneira ampla e pouco prática, vale conferir alguns contornos que o instituto vem recebendo pela jurisprudência pátria. Naturalmente, a maior parte das decisões se refere à função social da propriedade rural, até porque é a que possui maior aplicabilidade devido ao estabelecimento de critérios minimamente palpáveis, tais como os dos artigos 182 e 186 da Constituição Federal.

Anderson Schreiber⁷⁰, ao fazer análise da jurisprudência específica sobre o tema destaca que a função social da propriedade rural – que determina que esta deva, segundo o artigo 186 da Constituição Federal, atender a critérios de aproveitamento racional dos recursos, observância de disposições que regulam o trabalho e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores – destaca que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que “a propriedade imobiliária não cumpre sua função social quando desrespeita normas municipais de caráter urbanístico, ainda que não se trate de exigências formuladas no plano diretor”. Confira-se trecho do voto do Ministro Carlos Velloso (Recurso extraordinário nº 178.836-4/SP, julgado em 8 de junho de 1999):

“No que concerne ao artigo 5º, XXII – alegação de ofensa ao direito de propriedade – o acórdão deu resposta correta. O que deve ser considerado é que a propriedade atenderá a sua função social: Constituição Federal, artigo 5º, XXIII. Ora, o Município, ao editar a lei que se lê às fl.40 e seguintes teve por finalidade exatamente atender a esse preceito. (...) É dizer, fundado em conveniências administrativas, razoáveis, é facultado ao Município limitar, no seu território, o direito de construir certo que essas limitações não são exclusivas do plano diretor”.

⁷⁰ SCHREIBER, Anderson. Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma. vol. 6. p.3-24. abr./jun.2001

Para o autor a decisão é um exemplo de que a noção de função social da propriedade deve ser informada por valores existenciais e interesses sociais relevantes, ainda que estranhos à literalidade dos artigos 182 e 186 da lei fundamental.

Em que pese o entendimento do jurista, parece-nos que a decisão somente dá uma interpretação extensiva ao artigo 182, §2º da Constituição, que dispõe que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. Nesse sentido, o próprio autor indica em nota que foi voto vencido naquele julgamento o Ministro Marco Aurélio de F. Mello, que sustentou que o planejamento urbano é meramente indicativo, e não vinculante, para a iniciativa privada. Como se vê, a questão controversa no julgamento não foi a extensão da função social em si, mas sim a aplicabilidade e extensão do planejamento urbano⁷¹.

Em outra decisão indicada pelo autor, no Recurso Especial nº 27.039-3/SP⁷², o Superior Tribunal de Justiça, entendeu que hospitais particulares devem atender à função social representada pelo interesse geral por saúde e trabalho, e, portanto, estão compelidos a aceitar o ingresso de médicos e a interpretação dos respectivos pacientes em suas instalações, ainda que esses médicos sejam estranhos ao seu corpo clínico. O pedido encontrou amparo na Resolução nº 1.231/86e no Código de Ética Médica, que asseguram ao médico o direito de utilizar-se das instalações conforme restou decidido. Sustentava o proprietário do hospital que as normas administrativas violavam seu direito de propriedade, consubstanciado no

⁷¹ Veja-se que, nesse ponto, aliás, a função social se próxima bastante das limitações de uso da propriedade.

⁷² In: SCHREIBER, Anderson. Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma. vol. 6. p.168. abr./jun.2001

artigo 524 do Código Civil, que na condição de norma hierarquicamente superior deveria prevalecer.

Em outra decisão, do Agravo de Instrumento nº 598.360.402⁷³, essa bem mais polêmica, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul considerou não cumprir sua função social a propriedade rural que, não obstante produtiva, apresentava débitos fiscais de natureza federal, mantendo assentadas, por essa razão, as seiscentas famílias carentes que haviam ocupado a área⁷⁴.

Vejamos, ainda, outros julgamentos, que, em suma, foram decididos da seguinte maneira: (i) o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro julgou necessária a conformação do direito de propriedade de condômino ao interesse na segurança coletiva, por meio da retirada de fechadura instalada em porta de elevador que conduzia a seu pavimento; e (ii) a 8ª Vara da Justiça Federal de Minas Gerais julgou pela não retirada de diversas famílias alojadas às margens da rodovia BR 116, com fundamento em uma sociedade mais justa e solidária, que erradique a pobreza e marginalização, promovendo a dignidade da pessoa humana, assegurando a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Como se vê até aqui, não está contida na origem da função social, tampouco em doutrina, a resposta para seu significado. Já a jurisprudência começa a traçar algum sentido para o instituto. De qualquer maneira, sua extensão não é clara e varia sensivelmente em função do vetor ideológico que dirige o julgador. Não é por outra razão que se vê o uso da função social de maneira mais impetuosa em julgados da Região Sul do País, onde

⁷³ In: SCHREIBER, Anderson. Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma. vol. 6. p.169. abr./jun.2001

é notório que há maior predisposição para decisões de cunho intervencionista e revisionista.

As decisões, em geral, não têm por fundamento a função social em si, mas sim o auxílio para a interpretação sobre outros dispositivos legais. Ainda assim, a utilização do instituto tem sido bastante utilizada a fim de flexibilizar normas e aumentar a discricionariedade do julgador.

O perigo dessa situação é o que de que à margem de uma definição jurídica precisa, juízes passem a se valer do instituto para eleger os interesses sociais que lhe convenham, de maneira a promover o que crêem ser a justiça.

O conceito, como visto, não apresenta em sua origem qualquer explicação – relembre-se que até hoje nenhuma autoridade na Alemanha conseguiu definir em que consistem os deveres sociais positivos do proprietário em relação à coletividade⁷⁵. A doutrina, por sua vez, trata na maior parte das vezes sobre a matéria em tese. A jurisprudência, ao seu turno, utiliza a generalidade da função social de modo a conseguir a flexibilização das leis em prol dos valores que aos julgadores parecem mais importantes.

Desta forma, infelizmente temos que enfrentar um conceito que nasceu torto – até hoje incompreendido pelas autoridades alemãs, mas que hoje ganhou vida própria e representa um monstro indefinido por meio do qual cabeças dedicam seu tempo a dar-lhe algum significado. O grande problema surge no momento em que há a positivação e o conseqüente estabelecimento da função social como um instituto jurídico. Não que o direito não tenha a faculdade de reconhecer, através das leis, institutos de

⁷⁵ COMPARATO, Fabio Konder. Estado, Empresa e Função Social. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.732., pg.41. out. 1996.

natureza econômica, assim como o faz, por exemplo, com a própria empresa; mas é que ao fazê-lo, deve no mínimo estabelecer com precisão as consequências do reconhecimento jurídico do instituto, afinal a indeterminação contida em uma lei é sempre prejudicial. Se é certo que a lei não pode depender do extremo rigorismo formal e de precisão absolutamente minuciosa, é também verdade que os termos nela contidos devem, pelo menos, ter algum significado.

O modo mediante o qual a “função social da propriedade” é utilizada politicamente em nosso país, parte das vezes, assim como na decisão tomada pelo Tribunal do Rio Grande do Sul acima citada, vai na contramão do resgate social através da valorização da propriedade privada. Ignora, pois, sua importância. Contrapõe, a todo tempo, a vontade do proprietário a uma vontade coletiva, difícil de determinar.

Procura, também, relacionar o exercício da propriedade ao do abuso do direito, como se tal característica fosse a ela inerente. Relembre-se, então, da paródia da *tragédia das comunidades*, quando justamente pela ausência de um sistema de regulação do uso dos bens escassos, houve a exploração indiscriminada de peixes que levou as três comunidades (e os peixes) ao fim. Ou do exemplo do fazendeiro, no qual seu vizinho simplesmente expropriava sua produção diante da inexistência de direitos de propriedade, o que acabaria por desestimular por completo a exploração da área e, conseqüentemente, representaria um enorme prejuízo social (ambos ficariam sem qualquer produção).

O uso da função social da propriedade por parte do judiciário segue na linha de se “fazer justiça” e, nesse sentido, a amplitude do termo auxilia enormemente sua aplicação indiscriminada. Denis Lerer Rosenfield tem opinião bastante particular sobre o uso da função social da propriedade no Brasil:

“O modo mediante o qual a ‘função social da propriedade’ é utilizada politicamente em nosso país vai na contramão desse resgate social através da valorização do direito de propriedade. Sua apropriação ideológica a situa seja explicitamente seja explicitamente num prolongamento do marxismo que não ousa dizer o seu nome, embora alguns o assumam, seja numa forma vagamente salvacionista de justificação de tudo o que é feito contra a propriedade privada e seus princípios. Em vez de viabilizar o direito ao direito de propriedade, o uso político e ideológico de sua função social impede que esse processo ocorra”⁷⁶.

Seja qual for a concepção ideológica que inspira as decisões judiciais, o importante para nós, é que desconsiderar importância da propriedade privada é assumir o risco de sua consequência, o prejuízo social. É esquecer-se que a propriedade privada exerce as funções essenciais de incentivo e auto-limitação, e sujeitar, no médio e longo prazo, a tão mencionada coletividade a um fim nada bom.

A função social surgida da propriedade, hoje incide sobre outros institutos. A lógica de sua aplicação, embora seja semelhante, merece nossa atenção.

3.2 – A Função Social do Contrato

O contrato, na acepção clássica do direito, é a relação jurídica obrigacional resultante do acordo de vontades. Fonte de obrigações que resulta da própria vontade humana de se vincular, está ele presente em toda sociedade civilizada assentada na propriedade privada. A sua função é servir de instrumento de operações econômicas e veículo de realização da vontade humana na construção da sociedade.

A previsão legal da função social do contrato se encontra no artigo 421, que dispõe que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Para o autor do anteprojeto do Novo Código Civil, Miguel Reale, um dos motivos determinantes desse

⁷⁶ ROSENFELD, Denis Lerer. *Reflexões sobre o direito à propriedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 98.

mandamento resulta da Constituição de 1988, a qual, nos incisos XXII e XXIII do Art. 5º, salvaguarda o direito de propriedade que “atenderá a sua função social”. Para o autor, a realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessam somente às partes contratantes, mas a toda a coletividade⁷⁷. Assim, a função social do contrato consiste em uma transposição do instituto da função social da propriedade para o âmbito contratual.

O Código Civil atual teve por fundamento três princípios: eticidade, operabilidade e socialidade. O primeiro se refere ao reconhecimento da “indeclinável participação dos valores éticos no ordenamento jurídico”⁷⁸. Disso decorre, segundo Reale, “a opção, às vezes, por normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de dar a razão de ser dos modelos jurídicos e orientar os operadores do Direito em sua interpretação teórica e em sua aplicação prática”. O princípio da operabilidade é, segundo Claudio Luiz Bueno de Godoy (Função social do contrato. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 118), a busca pela:

“superação de divergências teóricas e formais, acerca de institutos de direito, pela sua capacidade de ser executado. Por outra, prefere-se à vinculação da norma a um conceito por vezes tecnicamente discutível, o seu tratamento de modo a, fugindo desse liame teórico, permitir a sua mais fácil realização – sentido da operabilidade. O exemplo citado é o do tratamento da prescrição e da decadência, sobre cuja distinção teórica divergem, de há muito, os autores. Preferiu-se no Código Civil, em vez de tentar solucionar ou se posicionar sobre o debate, regrá-las de forma a que possam ser operadas sem gerar dúvidas. Isso ubicando a regra da prescrição em dispositivo próprio da parte geral, para que se saiba que, fora dele, serão de decadência” (GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Função social do contrato. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 118)⁷⁹.

⁷⁷ REALE, Miguel. Função Social do Contrato. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>. Acesso em 30.05.08

⁷⁸ REALE, Miguel. Código Civil: Diretrizes na Elaboração do Anteprojeto. Artigo publicado no *Jornal Estado de São Paulo* em 19 ago. 2001.

⁷⁹ Note-se como sua aplicação implica na utilização de cláusulas gerais, assim como na eticidade.

O que nos mais interessa, por ora, é o princípio da socialidade, o qual teria sido o inspirador da inclusão da função social no Código Civil. Nas palavras do autor do anteprojeto, a socialidade consiste no seguinte:

“É constante o objetivo do novo código no sentido de superar o manifesto caráter individualista da lei vigente, feita para um País ainda eminentemente agrícola, com cerca de 80% da população no campo.

Hoje em dia, vive o povo brasileiro nas cidades, na mesma proporção de 80%, o que representa uma alteração de 180 graus na mentalidade reinante, inclusive em razão dos meios de comunicação, como o rádio e a televisão. Daí o predomínio do social sobre o individual.

Alguns dos exemplos dados já consagram, além da exigência ética, o imperativo da socialidade, como quando se declara a função social do contrato na seguinte forma: Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”⁸⁰.

O autor já havia manifestado a aversão ao individualismo, anos antes, quando da elaboração da exposição de motivos do novo código, dizendo:

“Superado de vez o individualismo, que condicionara as fontes inspiradoras do Código vigente, reconhecendo-se cada vez mais que o Direito é social em sua origem e em seu destino, impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação, não pode ser julgada temerária, mas antes urgente e indispensável, a renovação dos códigos atuais”⁸¹.

Vê-se pela explicação do autor o conteúdo iminentemente ideológico e moral que inspirou a inclusão da função social do contrato. Na prática, não há como se dissociar essa lógica da do intervencionismo estatal, o que por si só, deve-se reconhecer, pode até não ser nocivo ao sistema, afinal a intervenção estatal é necessária para a própria efetividade dos direitos de propriedade. A questão está na definição da extensão do intervencionismo.

Monica Bierwagen explica como, em sua concepção, deve se dar a intervenção do Estado:

“funcionando como uma espécie de contrapeso para a realização do equilíbrio entre as partes, impedindo o abuso do mais forte contra o mais fraco, propiciando

⁸⁰ REALE, Miguel. Código Civil: Diretrizes na Elaboração do Anteprojeto. Artigo publicado no *Jornal Estado de São Paulo* em 19 ago. 2001

⁸¹ Itens 387/388 da exposição de motivos do NCC (1975).

dessa maneira uma justa distribuição de riqueza entre si; sua razão de existir repousa em última análise, na idéia de que a injustiça que ocorre em cada contrato, quando postos em conjunto, reflete-se num desequilíbrio social que atinge toda a coletividade”⁸².

A afirmação demonstra uma noção de realidade bastante peculiar por parte da autora. Para ela contrato não é uma forma de circulação de serviços e propriedade, mas sim um modo de exercício do abuso do mais forte com o mais fraco, que representa, por isso, uma injustiça que tem como decorrência o desequilíbrio social. E a limitação do abuso, que deve se dar através da atuação estatal, tem por finalidade uma distribuição mais justa de riqueza.

Em que pese a opinião da autora – que parece motivada por um nobre sentimento de transformar o mundo em um lugar melhor, mais justo e igualitário –, seguindo essa lógica, melhor seria então que o Estado, com seu poder de distribuir riqueza de maneira justa, substituísse a vontade dos contratantes e encerrasse, de vez, a injustiça inerente aos contratos. Aliás, que substituísse não só a vontade do mais forte, como também a do mais fraco, que incessantemente recorre aos contratos para obter aquilo de que precisa, em uma paradoxal busca pelo bem-estar que tem como consequência a sua repetida sujeição à injustiça, ao abuso. Ademais, é impossível prever o que significa “justa distribuição de riqueza” para a autora. Justa de acordo com que critério? Com o critério que o Estado decidir?

O professor Caio Mario da Silva Pereira ainda em 1972, atento às idéias que se misturam com a da função social do contrato, revelou seu inconformismo com a redação do artigo 421 (à época 417 do Anteprojeto):

⁸²BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 70.

“É de bom conhecimento repetir que o equilíbrio contratual repousa no balanceamento da autonomia da vontade e do princípio da ordem pública. A primeira significando a faculdade de concluir cada um o contrato de suas conveniências, e segundo os seus interesses.

Mas tendo em vista que a liberdade levada ao extremo pode gerar o desequilíbrio econômico, vem o Estado e contém o excesso de individualismo ou reprime as expansões egoístas, mediante a edição de normas de caráter proibitivo ou imperativo.

Cabe, então, ao legislador (note-se bem, ao legislador) definir até onde impera o preceito de ordem pública, permitindo que a liberdade de contratar opere sempre que não sofra a restrição imposta pelo dirigismo estatal; obedecendo, contudo, à traça impressa pelo Legislador.

Não foi isto que fez o Anteprojeto. Em face deste conflito entre a autonomia da vontade e os excessos individualistas, enunciou a regra de contenção dela, subordinando-a à função social do contrato, e ao mesmo tempo negou a ‘liberdade de contratar’, tendo-se em vista que não poderá ser exercida sem aquela subordinação. **Acontece que esta idéia não é precisamente definida. Assemelha-se ao contexto do art. 1º do Código Civil Soviético, que condiciona a proteção dos direitos individuais ao seu exercício em consonância com a sua destinação econômica e social. Mas no direito soviético este preceito tem significação precisa, em razão de todo o sistema jurídico ser a expressão filosófica do marxismo e ter a definição econômica que o direito necessariamente há de realizar ali.**

Mas num sistema jurídico que se não subordina a uma escola filosófica preordenada, e no qual o substrato econômico se funda no princípio da livre iniciativa, torna-se perigosamente inseguro o princípio que subordina a *liberdade de contratar à função social do contrato*. Não passará de uma alegação a mais, no propósito de invalidar as avenças, e de um fundamento a mais para a manifestação de recursos”⁸³. (grifamos)

Submeter o contrato aos limites da função social é, de fato, algo bastante genérico. Ainda assim, há que consiga extrair muito da expressão. A Professora Judith Martins-Costa interpreta o dispositivo da seguinte maneira:

“Porém, se é bem verdade que o princípio da função social, como expressão da “diretriz da socialidade” indica um rumo a seguir, oposto ao do individualismo predatório, também é certo que a atuação exaustiva de suas funções ainda está *in fieri*. Tão inútil quanto apenas proclamar a sua importância é repetir sonoras platitudes. Devemos tentar recolher da estrutura dos textos legais o que a letra não diz diretamente, a sua voz possível, para assim iniciar a responsável construção da sua dogmática.

Tendo em conta, pois, uma perspectiva estrutural do Código civil, constata-se, de imediato, que o art. 421 indica três sendas que vale a pena trilhar: a) inaugura a regulação, em caráter geral, do direito contratual; b) refere a função social como limite da liberdade de contratar; e c) situa a função social como fundamento da mesma liberdade”⁸⁴.

⁸³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reformulação da Ordem Jurídica e Outros Temas*. Editora Forense, 1980. p.156.

⁸⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Notas sobre o Princípio da Função Social dos contratos*. Reale advogados. 2005. Disponível em: <www.realeadvogados.com.br> Acesso em: 10 mai. de 2008.

E prossegue a autora esclarecendo que no início do século XX dois autores foram responsáveis por traçar uma nova trilha em direção da funcionalização do direito, através da formulação de teorias negativas ao conceito de direito subjetivo, Duguit e Gierke. Desde então a Teoria do Direito Subjetivo está polarizada em duas teses: a dos limites internos do direito, e a dos limites externos. Ambas podem ser assim sintetizadas:

“Teoria interna: os direitos e respectivos limites são imanentes a qualquer posição jurídica; o conteúdo definitivo de um direito é, precisamente, o conteúdo que resulta dessa compreensão do direito “nascido” com limites; logo, o âmbito de proteção de um direito é o âmbito de garantia efetiva desse direito.

Teoria Externa: os direitos e as restrições são dimensões separadas; as restrições são sempre “desvantagens” impostas externamente aos direitos; o âmbito de proteção de um direito é mais extenso do que a garantia efetiva, porque aos direitos sem restrições são apostos limites que diminuem o âmbito inicial de proteção”.

A teoria externa é, segundo Judith, resultado das preocupações solidaristas expressas, em geral, no que a doutrina dos primeiros anos do século XX denominou *dirigismo contratual*. A oposição entre a função social e a liberdade de contratar, delimita o espaço de eficácia desta. A função social representa, assim, limite a liberdade contratual (externo), impondo deveres negativos aos contratantes. E conclui a autora:

“É de se convir, no entanto, que se a esse papel de ‘previsão de limite externo negativo’ se resumisse o princípio da função social do contrato, o art. 421 seria virtualmente inútil, uma vez que o exame de casos já decididos pela jurisprudência demonstra que, ou as hipóteses **já estão apanhadas** pela regra do art. 187 do Código Civil (consagradora da ilicitude de meios), ou não se trata de caso de incidência do princípio da função social, mas hipóteses de interpretação favorável ao aderente, integração segundo a boa-fé, ou casos já regulados em leis especiais, como o Código de Defesa do Consumidor ou o Estatuto da Terra. Tudo isso leva à convicção da **necessidade de encontrar a voz própria e específica** ao art. 421”. (grifamos)

O trecho acima transcrito revela uma inevitável questão que surge da aplicação prática da função social do contrato. Representa ele uma norma com conteúdo próprio?

Eduardo Tomasevicius destaca duas concepções da função social do contrato, a negativa e a positiva. Esclarece o autor que essas concepções decorrem, respectivamente, de duas visões sobre a liberdade contratual: a visão realista, e a visão legalista.

Sob a visão realista, como o nome bem diz, a liberdade contratual é inerente ao indivíduo. Nessa perspectiva, o direito pode apenas reconhecer que a vontade humana é fonte de direito objetivo.

A visão legalista – que mais nos parece uma viagem psicodélica do direito – é aquela em que se acredita que a liberdade contratual é uma concessão do Estado para o indivíduo. Fala-se em autonomia privada, no sentido de ser uma espécie de “competência legislativa” conferida aos indivíduos para que celebrem negócios jurídicos, no sentido de ato capaz de criar, modificar e extinguir direitos. Por isso, o Estado poderia, em tese, não conferir nenhuma autonomia ao indivíduo.

Sob essa perspectiva, o Estado seria o senhor de todos os negócios jurídicos, e o indivíduo somente teria sua liberdade garantida na medida em que concedida pelo Estado. Isso implicaria dizer que o Estado poderia decidir, em tese, sobre todos os negócios jurídicos e que a liberdade individual seria mera concessão do Estado. Sem dúvida não foi essa lógica totalitarista que inspirou a inclusão das liberdades individuais no artigo 5º da Constituição Federal como garantia do indivíduo.

Tomasevicius critica a redação do art. 421 do Código Civil. Para ele a redação é contraditória, pois estabelece, ao mesmo tempo, tanto a concepção negativa, quanto a concepção positiva de liberdade, já que a liberdade de contratar será exercida “nos limites” (concepção negativa) e “em razão” (concepção positiva) da função social do contrato.

Corroborar a crítica do autor o teor dos Enunciados proferidos pelo Conselho da Justiça Federal, por ocasião da I Jornada de Direito Civil (setembro de 2002), sobre a função social do contrato:

“21 – Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.

22 – Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

23 – Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.^{85,}

Não é possível definir a real extensão da função social da leitura dos enunciados. Apesar disso, é possível, pela análise da doutrina pátria, traçar, ainda que de maneira não muito precisa, em que consiste a função social.

Luciano Benetti Timm⁸⁶, em levantamento feito em artigos publicados nos principais periódicos nacionais, entre os anos de 2003 e 2005⁸⁷, arrisca estabelecer o que seria quase um consenso⁸⁸ na doutrina

⁸⁵ Jornadas de Direito Civil: Enunciados aprovados. Disponível em <<http://www.jf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>>. Acesso em 30.05.08.

⁸⁶ TIMM, Luciano Benetti. “Direito, economia e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado de crédito”. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. v.33. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 15-31. jul./set.2003.

⁸⁷ O autor cita as principais autoridades consultadas: O Novo Código Civil e o solidarismo contratual (WALD, 2004, p. 35), Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do Direito Privado (NERY, 2004, p. 70), Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil (DA SILVA, 2003, p. 99), O relativismo da autonomia da vontade e a intervenção estatal nos contratos (PENTEADO JÚNIOR, s. d., p. 211), A função social do contrato (causa ou motivo) (PENTEADO, 2005, p. 9), Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos (PENTEADO, 2005., p. 41), Da função social do contrato (PACHECO, 2003, p. 496), A função social do contrato (SANTOS, s. d., p. 99), Uma reflexão sobre as “cláusulas gerais” do Código Civil de 2002 – a função social do contrato (WAMBIER, 2005, p. 59), A função social do contrato e o princípio da boa fé no Novo Código Civil Brasileiro (THEODORO DE MELLO, 2002, p. 11), além da obra O contrato e sua função social (THEODORO JÚNIOR, 2003). Em uma perspectiva um pouco diversa, mas chegando praticamente aos mesmos resultados, têm-se: Função social do contrato: primeiras anotações (SALOMÃO FILHO, 2004, p. 67). Salomão Filho enxerga, na função social do contrato, a integração, no contrato, dos interesses difusos e coletivos (teoria dita “institucionalista”).

⁸⁸ O autor destaca quatro artigos com posicionamentos (mais ou menos) diferentes dos demais: Princípios do novo Direito Contratual e desregulamentação do mercado (AZEVEDO, 1998, p. 113-120), A doutrina do terceiro cumplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos” (RODRIGUES JÚNIOR, 2004, p. 81), A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (LEONARDO, 2005, p. 100), Função social dos contratos de transferência de tecnologia (AMARAL, 2003, p. 37).

jurídica nacional acerca do sentido da função social do contrato prevista no Novo Código Civil brasileiro.

Segundo Timm, a maioria dos autores entende a função social como a expressão, no âmbito dos contratos, dos ditames da “justiça social” próprios do *Welfare State*. Nas palavras do autor:

“Trata-se do fenômeno denominado de “publicização” ou “socialização”, ou mesmo de “constitucionalização”, do Direito Privado, em razão do qual institutos tradicionalmente de Direito Civil — como o contrato, a propriedade — passam a ser orientados por critérios distributivistas próprios do Direito Público. O princípio da função social é visto, nesse quase-consenso, como uma limitação ao princípio da liberdade contratual — de índole tipicamente burguês e consagrado nos códigos civis do século XIX, como o *Code Civil* e o *Bürgerlichesgesetzbuch* (BGB) —, considerado individualista

(...)

Isso significa, na prática (embora nem todos os autores citados concordem), a proteção da parte mais fraca na relação contratual, que, muitas vezes, não manifestaria sua vontade livremente, mas sucumbiria ao maior poder de barganha da parte economicamente mais forte. Para outros autores analisados, isso significaria redistribuir o resultado econômico do contrato entre os contratantes. Portanto, trata-se de um modelo de concepção de contrato, em qualquer um dos âmbitos de análise aqui descritos, que supõe fictícia a liberdade contratual, sendo mais correto falar em submissão, quando o poder econômico desequilibra o poder de barganha entre as partes. Significaria também identificar legítimos interesses de terceiros (portanto, estranhos ao contrato) a serem tutelados (interesses difusos e coletivos). Daí a necessidade de reequilíbrio das partes pelo Estado (legislador e juiz)”.

É possível, a partir da análise, determinar alguns elementos em comum entre capazes de traçar a essência da função social: (i) implicam reconhecimento da existência dos efeitos dos contratos sobre terceiros; (ii) relacionam a limitação ao abuso; e (iii) submetem os contratos ao interesse público.

Azevedo vê a função social do contrato na relativização do princípio da força relativa dos contratos — de modo que o contrato poderia trazer efeitos para terceiros à relação contratual; idéia esta compartilhada por Rodrigues Júnior. Leonardo enxerga a função social do contrato na rede contratual formada em determinadas estruturas de mercado, como o financiamento habitacional e, eventualmente, o próprio seguro.

Registre-se que em seu estudo, Luciano Timm apresenta esclarecedor panorama da jurisprudência brasileira. Segundo ele o judiciário, fortemente influenciado pela doutrina, tem revisado contratos, basicamente, com os seguintes objetivos:

“sob o argumento político de proteger o fraco contra o forte, a coletividade (por exemplo, o mutuário) frente à individualidade (por exemplo, a instituição financeira). Com o mesmo argumento, parte do Judiciário tem proibido o corte no fornecimento de água, de luz e tudo mais que disser respeito à dignidade da pessoa humana, ainda que o corte esteja permitido nas respectivas leis de água, de luz e nos contratos entabulados entre as partes”⁸⁹.

A perspectiva acima descrita nada mais é do que uma realidade em que são sobrepostos valores morais sobre as próprias leis, em nome de princípios ou de valores que, através de cláusulas gerais, representam a politização do judiciário.

Não que a intenção dos magistrados seja necessariamente ruim. Pelo contrário, com certeza as decisões estão fundamentadas em ideais legítimos; mas os meios utilizados são absolutamente impróprios. A vontade de fazer justiça passa a prevalecer diante da vontade da lei. Essa vontade, diga-se de passagem, parece estar bastante presente entre nossos julgadores.

Permito-me aqui, então, a um breve registro crítico sobre as posições até aqui apresentadas.

89 O autor cita a título de exemplo as seguintes decisões: Apelação Cível nº 70.010.372.027, 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), de 10.08.2005; Aresto da Apelação Cível nº 70.011.602.091, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, julgado em 08.06.2005; Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 187.940, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr.; Recurso Especial nº 316.640, Relatora Ministra Nancy Andrighi.

Como visto, propriedade e contrato são institutos jurídicos que possuem importante função em um mercado. Este último, por sua vez, é fundamental na alocação eficiente de recursos.

Alocação eficiente de recursos significa maior e melhor produção de riquezas, bens, serviços e, conseqüentemente, maior satisfação por parte dos consumidores. Agentes racionais tomam atitudes e assumem riscos com base em sua capacidade de prever a futura valorização ou desvalorização das coisas, ou seja, com base na perspectiva da demanda dos consumidores, para com isso obter maiores vantagens pessoais. Tanto melhor será o benefício dos consumidores quanto os produtores consigam prever sua demanda.

A busca dos próprios interesses por parte dos agentes de mercado, em um sistema competitivo, tende a fazer com que os agentes ajam da melhor forma possível com seus recursos. Assim, é através da busca pelos próprios interesses que tende a aumentar quantidade e melhorar a qualidade das coisas produzidas. Nesse sentido são sempre invocadas as sábias palavras de Adam Smith, de que não é da benevolência do açougueiro que esperamos nosso jantar, mas pela busca de seus interesses particulares. Não devemos falar com ele sobre nossas próprias necessidades, mas de suas vantagens⁹⁰.

É justamente por conta do individualismo “predatório” e “egoísta” que média das pessoas tem um padrão de vida bem acima do que era possível somente aos mais ricos cem anos atrás. A existência humana em grande escala não se deve à benevolência do tal açougueiro, ou de qualquer outra pessoa ou órgão não-governamental, mas sim à vontade de obter vantagens pessoais, lucro.

⁹⁰ SMITH, A.. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. Nova York: Prometheus Books, 1994. p.20.

É o regime legal da propriedade privada que permite que as pessoas se dediquem a fazer algo, pois é aquilo que garante que eventual benefício será revertido para elas. A propriedade serve também como forma de autolimitação das pessoas justamente através do direito de exclusão que o proprietário tem em relação a terceiros. A propriedade evita, desta forma, o conflito de interesses que há entre as pessoas na obtenção dos bens.

A alocação mais eficiente produz em excedente em relação à situação anterior. É preciso que haja mecanismos para a transferência dos bens e execução dos serviços, através do cumprimento dos pactos (contratos).

A realidade nem sempre é enxergada dessa maneira pelas pessoas. Para muitas delas o mercado é um “ente” indeterminado, ou então, simplesmente não existe. Suas forças decorrem da criação humana. A busca dos próprios interesses, por sua vez, é transformada em individualismo predatório.

É nesse contexto que se desenvolve o argumento de que o contrato não mais pode estar submetido ao princípio absoluto do *parta sunt servanda* (os contratos devem ser cumpridos). A idéia desenvolve-se através da demonstração de que essa concepção liberal é inviável, por ser injusta e proporcionar a possibilidade de abusos. Por isso se faz necessária sua relativização, o reconhecimento do abuso do direito, da onerosidade excessiva etc.

Por que a tal concepção liberal dos contratos não é capaz de reconhecer que o princípio do *pacta sunt servanda* não pode ser absoluto? Será que alguém em sã consciência é capaz de afirmar, atualmente, que o

princípio é irrestrito? Será que alguém defende que não deveria, por exemplo, existir abuso do direito, onerosidade excessiva etc.?

Talvez a resposta para isso esteja no fato de que essa concepção liberal exposta é histórica. Os autores assim pensam – ou os que apenas repetem o que já foi dito – ao apresentarem a concepção liberal instantaneamente a aniquilam no tempo. Ignoram a evolução pela prática e acreditam na “revolução” pela lei.

Os liberais que assim pensavam provavelmente já estão todos mortos. Ainda assim cabe, sob tal perspectiva, uma reflexão: será que alguém, ainda naquele tempo, defendia uma realidade de contratos que possibilitasse abusos e, conseqüentemente, trouxesse injustiça social?

A resposta só pode ser não. E, obviamente (por uma questão de lógica), os que defendiam o *pacta sunt servanda* absoluto não tinham como saber de maneira razoavelmente consistente as conseqüências ruins dessa prática. A noção de abuso de direito e onerosidade excessiva, por exemplo, evidentemente não veio da noite para o dia, através da genial inspiração de um legislador onisciente; mas sim da prática dos contratos. A interação repetida dos indivíduos contratando entre si é a única capaz de demonstrar os efeitos negativos do *pacta sunt servanda* absoluto.

A explicação histórica tem como conseqüência a ocultação de uma perspectiva evolucionista do desenvolvimento dos contratos. Dá a entender que como resultado da superação do contrato como absoluto, tem-se a relativização dos contratos. Mas a concepção liberal dos contratos não poderia ter incorporado ao instituto a experiência prática, assim como o fez a relativista?

É obvio que em relação àquela antiga concepção qualquer alteração no contrato significaria sua relativização.

Ocorre que o reconhecimento de institutos como o da onerosidade excessiva e o do abuso do direito significa a positivação da ordem espontânea, mas não necessariamente sua submissão ao mero arbítrio do juiz. Essa reconhecimento decorre da realidade prática de que as situações não podem ser absolutamente previstas pelos contratantes de antemão. Mas note-se que esses institutos representam cláusulas perfeitamente contratáveis de antemão entre as partes. Ninguém deseja sofrer um abuso ou um enorme prejuízo. E a função social, é contratável de antemão?

Aqui a situação fica mais difícil. Como contratar com uma condição de que submeta o contrato a um interesse público de difícil determinação (variável em razão de sentimentos, convicções ideológicas ou morais do julgador)?

Ninguém busca a incerteza ao contratar. A resposta para essa questão poderia estar no fato de que, ao contratar, ninguém pensa nos efeitos que o contrato produzirá perante terceiros. Mas a ilação não é verdadeira. Pessoas tenderiam a contratar a função social assim que constatassem os efeitos negativos produzidos por contratos de terceiros.

Ressalte-se, ainda, que terceiros lesados em decorrência de contratos dos quais não fazem parte possuem o direito de serem reparados por isso, independentemente da existência da função social. O conteúdo da função social, se existente, não é esse.

Não se pode desconsiderar, no entanto, que determinar o que é abuso de direito ou onerosidade excessiva também depende de algum grau de

subjetividade. Então, será que a função social não foi justamente a positivação de uma prática recorrente?

A origem do instituto não parece apontar para isso. De qualquer maneira, temos uma de duas alternativas: (i) ou a função social é resultado de criação legislativa que visava utilizar o instituto tal como o foi nos governos ditatoriais; (ii) ou então seu conceito necessita de maior determinação (ou mesmo de regulamentação própria), não podendo ora se assemelhar com o abuso de direito, ora com a onerosidade excessiva, ora com a mera reparação patrimonial, ou então, com as convicções ideológicas do julgador que estiver responsável pelo caso.

O que não se pode é achar que o instituto é um meio que autoriza que o juiz alcance um fim, qual seja, o de se fazer justiça, de diminuir a desigualdade social ou outras coisas do gênero. Decisões buscando fazer acabar com a injustiça podem gerar consequências terríveis. Ainda mais tendo em vista o analfabetismo econômico de grande parte dos juízes brasileiros que julgam as causas de maneira casuística, sem pensar nas consequências, de modo a fazer com que a justiça de um caso represente a injustiça de vários outros.

Função social na prática doutrinária e jurisprudencial representa a flexibilização da propriedade e dos contratos, o que, em algum nível, nada mais é do que sua desvalorização. A quantificação dessa relativização não é clara o suficiente a ponto de podermos considerar a função social como uma cláusula contratável.

CAPÍTULO 4 – A EMPRESA

Um dos mais importantes agentes que atuam no mercado é a empresa. O crescimento dos mercados em busca de economias de escala que buscam atender um número cada vez maior de indivíduos tende a fazer com que os operadores econômicos se associem para atender a demanda, surgindo daí as empresas, formas associativas que visam a organizar, disciplinar e organizar o modo de produção e a logística operacional. Muitas das atividades do homem necessárias a sua evolução partem da organização empresarial.

Hoje em dia é possível encontrar empresas de grande porte que têm faturamento maior do que o PIB de alguns países e capazes de empregar verdadeiras multidões.

Definir empresa talvez seja uma das tarefas mais difíceis do presente trabalho. Em verdade, muito embora os livros de direito comercial em geral possuam definições claras, há ainda algumas questões que têm de ser solucionadas segundo outros enfoques a fim de entender-se a natureza da empresa.

Ao falar-se de empresa, é natural que surja a associação com um local grande, com muitos funcionários, estrutura complexa, que produz grande quantidade de produtos e possui enorme quantidade de máquinas. Relaciona-se com a noção de empresa a idéia de riqueza, abundância de coisas, magnificência.

Da mesma forma, é possível associar empresa a um sujeito de direitos. É o caso, por exemplo, de quando digo que “a empresa faliu” ou que “a empresa vendeu muitos produtos”. Outra associação possível com

termo empresa é a que se tem quando afirma-se que pessoas “abriram uma empresa”.

As associações com a empresa, até bastante comuns, não revelam o significado – ao menos o jurídico – da empresa. Mas afinal, o que é empresa para o direito?

O conhecido jurista italiano Alberto Asquini descreve a empresa como fenômeno poliédrico. Sua descrição dos perfis da empresa abarca as formas de confusão que comumente ocorrem com seu conceito. Para ele, a empresa compreende quatro faces, a seguir descritas:

“(i) objetiva (estabelecimento). Nesse caso, considera-se o conjunto de bens corpóreos e incorpóreos que o empresário organiza e utiliza para exercer a sua atividade;

(ii) subjetiva (empresário). Refere-se ao sujeito que desenvolve a atividade econômica de forma organizada;

(iii) funcional (atividade). Demonstra propriamente a atividade economicamente organizada. Não importa apenas o ato, mas é relevante o conjunto de atos que se apresentam de forma organizada, e

(iv) institucional (que pressupõe a existência de uma instituição). Abarca o contexto político. Traz fortes idéias da parceria e da comunhão de interesses que surge entre o empresário e os empregados, isto é, da conjugação de capital e trabalho”⁹¹.

O tratamento da empresa no direito brasileiro ganhou nova forma com a edição do Código Civil. Até então existiam duas ordem jurídicas absolutamente distintas: a dos atos de comércio, regulados pelo direito comercial; e a dos atos civis, regulado pelo direito civil.

Eram designados como atos de comércio, por exemplo, a compra e venda de mercadorias, as atividades financeiras e as atividades industriais.

⁹¹ Wald, Arnoldo. Parecer (encomendado pelo Registro Civil das Pessoas Jurídicas do Rio de Janeiro). Disponível em <http://www.rcpj-rj.com.br/Conteudo.aspx?id=68>. Acesso em 02.06.08.

Ficavam, por outro lado, na esfera dos atos civis a pecuária, agricultura, e o extrativismo.

A distinção entre os atos, se de comércio ou civis, decorria não de um critério técnico, mas sim da origem histórica do direito comercial. O direito comercial como categoria histórica fica claro diante do fato de que, durante sua história, não só no Brasil como em diversos outros países, atos antes considerados civis foram com o tempo sendo incorporados ao direito comercial de maneira arbitrária.

Dependia, portanto, da vontade do legislador a definição do ato como de comércio ou não. Com o passar do tempo, tendo em vista a maior flexibilidade do direito comercial, ocorreu a chamada “comercialização do direito civil”. Esse movimento, que teve como consequência a aproximação do direito comercial e do direito civil em diversos países, culminou, em vários deles, na unificação do direito privado. Foi o que ocorreu, como informa José Edwaldo Tavares Borba⁹², ainda no século passado (1919), com a Suíça e com a Itália (1942).

Com a edição do novo código civil, que revogou o código comercial, exceto quanto a disposições de direito marítimo, passou-se no direito brasileiro do regime dos atos de comércio para o do “direito de empresa”. O conceito de comerciante foi substituído pelo de empresário. A distinção, no entanto, é mais do que de mera nomenclatura.

Dispõe o artigo 966 do Código Civil que é considerado empresário aquele que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços”. Tem-se, assim, um

⁹² BORBA, José Edwaldo. Parecer (encaminhado pelo Registro Civil das Pessoas Jurídicas do Rio de Janeiro). Disponível em <http://www.rcpj-rj.com.br/Conteudo.aspx?id=54>. Acesso em 02.06.08.

conceito amplo que se centra na forma de como a atividade é exercida e não mais na classificação legal da atividade.

Assim, adotou-se no direito brasileiro a chamada “Teria da Empresa”, que leva em consideração o aspecto funcional da empresa, não importando apenas o ato, mas sim a forma organizada de exercício da atividade. Empresa, segundo nossa ordem jurídica, portanto, não é o empresário, não é o estabelecimento comercial e, tampouco, instituição de parceria e comunhão de interesses que surge entre o empresário e os empregados.

A empresa não se confunde com o empresário nem com a sociedade. Empresa, por ser a atividade, não possui personalidade jurídica; quem a detém é a sociedade regularmente inscrita no devido registro. As sociedades empresariais, para adquirirem personalidade jurídica, devem ser inscritas no Registro de Comércio (juntas comerciais).

Ainda que não se confunda a empresa com as sociedades, há na doutrina que uma importante discussão que pode ser útil na determinação da função social. De fato, como se viu anteriormente, aquilo que se entende por função social, quando aplicada à propriedade e aos contratos, representa a submissão do interesse particular ao interesse público. Há, no que se refere às sociedades, discussão interessante sobre a aplicabilidade de preceitos de ordem pública ou não no exercício de suas atividades. A principal diferenciação reside na classificação das sociedades, se contratuais ou institucionais.

4.1 – Contratualismo x Institucionalismo

São muitas as teorias sobre a natureza e constituição das sociedades. A discussão ganha especial atenção com relação às sociedades anônimas.

Como se sabe, embora não sejam numericamente as mais utilizadas na prática, as sociedades anônimas são a estrutura mais utilizada pelas empresas de grande magnitude.

A limitação de responsabilidade e a facilidade de circulação de ações foram importantes fatores para a consolidação das sociedades anônimas como um veículo de investimento e de realização de grandes empreendimentos.

Diversas posições foram adotadas pela doutrina acerca da natureza do ato de constituição da sociedade anônima. Teoria do ato complexo, teoria do ato coletivo, teoria do ato de fundação, teorias ecléticas, entre outras⁹³.

Embora estas teorias se refiram mais especificamente ao ato de constituição, seu estudo revela sua importância para a compreensão da natureza da sociedade anônima⁹⁴. As mais relevantes e que nos interessam são: as teorias contratualistas e as institucionalistas.

Como informa Daniella Fragoso⁹⁵, o ato constitutivo das sociedades por ações foi tradicionalmente considerado um contrato. Com o tempo, entretanto, outras teorias passaram a privilegiar a relação entre os sócios, e suas relações com terceiros.

Fábio Ulhôa Coelho explica a distinção da seguinte maneira:

“A sociedade empresária é contratual se constituída por um contrato entre os sócios; e é institucional se constituída por um ato de vontade não contratual. A diferença diz respeito à aplicação, ou não, do regime do direito contratual às relações entre os sócios”⁹⁶.

⁹³ FRAGOSO, Daniella Reali. *Sociedades por Ações: Constituição*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 66.

⁹⁴ FRAGOSO, Daniella Reali. *Sociedades por Ações: Constituição*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 66. A autora destaca, nesse sentido, o caráter institucional das sociedades anônimas após sua constituição.

⁹⁵ FRAGOSO, Daniella Reali. *Sociedades por Ações: Constituição*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 66.

⁹⁶ COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. v.2. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.27.

A principal teoria contratualista destacada pela doutrina, a do contrato plurilateral – resultado das contribuições de Ascarelli e Mesineo – surgiu a partir da diferenciação entre as espécies de contratos. Segundo tal teoria, o ato constitutivo da sociedade se distingue, basicamente, pelas seguintes características:

“(a) pela possibilidade da participação de mais de duas partes; (b) pelo fato de que, quanto a todas essas partes, decorrem do contrato, quer obrigações de um lado, quer direitos, de outro”⁹⁷.

Na doutrina brasileira, diversos autores filiam-se à corrente que considera o ato constitutivo como contrato plurilateral, muito embora este não esteja expressamente disciplinado na legislação pátria, como ocorre na Itália⁹⁸.

Em sentido oposto ao das teorias contratuais se encontram as teorias institucionalistas. Segundo estas, a sociedade anônima estaria submetida a preceitos de ordem pública, não derogáveis por deliberação dos acionistas. A administração da sociedade deveria respeitar não somente os objetivos contratualmente estabelecidos, mas também o interesse público.

Tais teorias proclamam haver um interesse social independente ou, pelo menos, não totalmente identificado com o interesse dos sócios. Modesto Carvalhosa ressalta que a teoria institucionalista chega mesmo à superação da personalidade jurídica – a sociedade – para enfocar o interesse da empresa, que constitui seu conteúdo⁹⁹. Em outras palavras, a relevância da discussão não se restringe apenas às sociedades.

⁹⁷In: FRAGOSO, Daniella Reali. *Sociedades por Ações*: Constituição. São Paulo: Atlas, 2008. p. 66. p.371.

⁹⁸FRAGOSO, Daniella Reali. *Sociedades por Ações*: Constituição. São Paulo: Atlas, 2008. p.75

⁹⁹CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v.2, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p.450.

Carvalhosa destaca, nesse sentido, duas teorias de caráter institucionalista: a Teoria da “empresa em si” e a Teoria da “sociedade em si”. A primeira, desenvolvida por Walter Rathenau, é fruto da ideologia imperialista germânica, que também se manifestou na Primeira Guerra Mundial e sempre esteve ligada a doutrinas totalitárias ou autoritárias. Rathenau contrapõe o fim e o objeto social, proclamando a prevalência deste sobre aquele. Em consequência, os órgãos sociais passam a ser o depositário e o intérprete do interesse social, prevalecendo, inclusive, sobre a assembléia geral. O lucro passa a ser desprezado como propulsor da atividade econômica e impõe-se uma noção quase mística da empresa.

De outro lado, Carvalhosa destaca a Teoria da “sociedade em si”. Fundada na teoria de Gierke sobre a pessoa jurídica como entidade real, procura essa teoria afirmar a autonomia da sociedade e a prevalência do interesse social sobre o particular. A sociedade, aponta Carvalhosa, tem um interesse próprio que não coincide com o interesse particular dos sócios e que se lhe sobrepõe.

Distinguem-se as teorias, segundo o autor, porque a da “‘empresa em si’ concede à maioria ampla discricionariedade na condução da política societária, enquanto a teoria da ‘sociedade em si’ retira da maioria as prerrogativas plenas de decisão, admitindo o exame judicial do mérito das deliberações da assembléia geral”¹⁰⁰.

Carvalhosa enfatiza, ainda, um aspecto interessante sobre as teorias institucionalistas:

“Não só a doutrina, mas também algumas **legislações**, como a **alemã de 1937 e o Código Civil Italiano de 1942**, optaram pela institucionalização da sociedade anônima como técnica jurídica de organização da empresa” (grifamos).

¹⁰⁰ CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei das sociedades anônimas, v.2, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p.453.

Benito Mussolini e o código civil italiano de 1942; Adolf Hitler e a legislação alemã de 1937. Qualquer semelhança não é mera coincidência.

A aplicação do interesse público em relações privadas está intimamente ligada a teorias institucionalistas. Estas, afinal, “ressaltam o papel institucional da sociedade – sua função social –, que se sobrepõe aos interesses individuais dos acionistas”¹⁰¹.

A afinidade entre as teorias institucionalistas a doutrinas totalitárias ou autoritárias é manifesta. Márcio Tadeu Guimarães Nunes revela a semelhança com precisão:

“A aplicação de tal idéia (função social da empresa), sem as devidas reflexões e desprendimento político mormente com a busca de deveres positivos decorrentes das falhas que o conceito encerra, pode colocá-la a serviço de seu pecado original, qual seja o ponto no qual culminou a manipulação da tese: a supressão das liberdades públicas e das conquistas individuais, submetidas ao crivo das elites financeiras em ascensão na Alemanha pré-nazista e no que remanesceu no aparato legislativo da Itália pós-fascista.

A gravidade da questão foi destacada pela doutrina de qualidade sobre o tema, verbis: ‘...doutrina de Rathenau foi utilizada de forma distorcida pelo nazismo, tendo servido para justificar as maiores aberrações em nome do pseudo-interesse público e do exacerbado nacionalismo’”¹⁰².

E conclui o autor:

“Lembre-se de que já em 1936 Hitler anunciou que a economia deveria operar sem ressalvas em função do povo (*Volk*) e, caso as empresas não conseguissem preencher essa função, o Estado Nazista as encamparia, discurso, diga-se de passagem, muito semelhante ao de certos segmentos políticos nos dias que correm”¹⁰³.

A sociedade anônima, por sua importância, vem sendo grande objeto de estudo por parte da doutrina brasileira e estrangeira. A constatação da importância econômica no contexto nacional e internacional é, na maior parte das vezes, aliada a sua relevância social.

¹⁰¹ FRAGOSO, Daniella Reali. *Sociedades por Ações*: Constituição. São Paulo: Atlas, 2008. p. 75.

¹⁰² NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 280. Ele cita Simões, Paulo César Gonçalves. Governança Corporativa e o exercício do voto nas S.A.

¹⁰³ NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 281.

As interpretações sobre a relevância social das sociedades anônimas variam, dentre outros motivos, em razão do contexto em que elas atuam. Fábio Konder Comparato, ao analisar a realidade econômica, propõe intensa atuação no ambiente institucional:

“É preciso reconhecer as diferenças de informação e poder de atuar no mercado. É preciso intervir e não deixá-lo livremente se desenvolver. Essa atuação não deve ser passiva e nem sequer se limitar a reprimir comportamentos abusivos. É preciso intervir diretamente nas estruturas que concentram o poder, estrangulam os canais de comunicação e limitam as informações dos agentes.

Função central do funcionamento do sistema econômico é, então, garantir a interação dos agentes no mercado em igualdade de condições, i. e., proteger algo que se poderia denominar de devido processo econômico. Exatamente por seu potencial de exclusão e de criação de desigualdade nas interações sociais é que um dos pontos essenciais para a criação de um devido processo econômico é o combate às estruturas de poder no mercado.

(...)

Conclui-se, portanto, que tanto pelo seu potencial criador como distribuidor de conhecimento, o combate ao poder econômico pode e deve ser um dos primeiros itens da lista de preocupação dos estudiosos das relações sociais”¹⁰⁴.

O reconhecimento da importância das sociedades anônimas é a razão aparente de se falar em tutela do Estado. Sob esse argumento, erigem-se as mais diversas doutrinas no sentido de que deve a empresa seguir uma determinada finalidade. A sociedade é posta assim em situação que a submete não somente à satisfação dos consumidores – como se isso, por si só, fosse fácil – mas também ao interesse social.

A divergência entre contratualistas e institucionalistas na doutrina do direito, não obstante o posicionamento de ilustres juristas sobre a questão, permanece isolada da lógica econômica das sociedades. A questão de se o ato de constituição, em si, é contratual ou institucional não parece de grande relevância. O que nos interessa saber é o conteúdo do interesse social que rodeia a sociedade, e conseqüentemente, o exercício da empresa. Afinal, que tipo de obrigações o tal interesse social dos institucionalistas traz para a sociedade empresária?

¹⁰⁴ COMPARATO, Fábio Konder. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002. p.17.

Entender a sociedade empresarial como institucional representa encará-la como algo posto, existente. Isso faz com que se perca a noção de que ela é um meio para se alcançar a finalidade de substituir contratos e reduzir custos de transação. Explicá-la como algo posto traz conseqüências tais como a de que (i) sua existência é “fundamental”, ainda que ela só dê prejuízos; (ii) não pode reduzir seu quadro de funcionários em função do problema de desemprego, tamanho por causa do desemprego; ou ainda (iii) que é fundamental para essa ou aquela comunidade etc.

A explicação jurídica do fenômeno empresarial é descrição bastante simplória, insuficiente para se entender sua estrutura e sua razão de ser. O estudo do importante instituto da empresa não deve restringir-se apenas a isso; ao contrário, deve também incorporar o conhecimento econômico sobre o assunto, pois é na ciência econômica que se encontra a explicação da lógica da utilização de estruturas empresariais.

Como o direito é expressão da vida social, o fenômeno empresa deve ser estudado a partir de seu conceito econômico, tal como apareceu e evoluiu ao longo do tempo¹⁰⁵.

4.2 – A empresa como conjunto de contratos

A ciência econômica sofreu, durante muitos anos, de sérios problemas com relação aos conceitos que utilizava como base para o desenvolvimento de suas teorias.

Consciente disso, o economista Ronald H. Coase¹⁰⁶, Nobel de economia, buscou em um clássico estudo, explicar os fundamentos do

¹⁰⁵ SZTAJN, Rachel. Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004. p. 186.

conceito de firma. A firma de que tratava Coase nada tinha a ver com o sentido jurídico da palavra, qual seja, o que significa o nome empresarial sobre o qual o empresário individual exerce sua atividade. A empresa (*firm*) a que a que ele se refere em seu estudo era a empresa.

Até então, a explicação econômica clássica acreditava que o mercado funciona sozinho, através da formação de preços, o que permitia o ajuste da demanda e da oferta. A assertiva, embora permaneça viva, não contemplava o modo de funcionamento e a razão da existência da empresa.

Pela lógica econômica, a título ilustrativo, se o preço de um produto X é maior do que o de Y, a tendência é a de que o produtor de Y, em tese, passe a produzir X. O raciocínio tem por base a idéia de que os movimentos dos agentes do mercado se dá em razão dos preços. Assim, o preço dos produtos (por representar a demanda do mercado por ele) movimenta diretamente a produção.

A idéia, no entanto, não se aplica da mesma forma com a empresa. Se um trabalhador de uma sociedade desloca-se de uma determinada função para o exercício de outra, não o faz em função do preço que será pago pelo novo serviço. Faz porque alguém lhe ordenou que assim o fizesse.

A resposta pode parecer óbvia a primeira vista: há subordinação do empregado ao empregador. Mas a resposta não é tão fácil assim. O que faz o empregado se submeter ao empregador? O que faz com que o empregador se submeta ou não a outra pessoa?

Da mesma forma, se o mercado é capaz de regular a produção, por que esta é feita por meio de organizações, tal como a empresa?

¹⁰⁶ COASE, Ronald H., disponível em
<<http://www.cerna.ensmp.fr/Enseignement/CoursEcoIndus/SupportsdeCours/COASE.pdf>>.
Acesso 30.05.08.

Por que as pessoas simplesmente não obtêm aquilo de que precisam, inclusive para produzir novas coisas, diretamente no mercado, de modo individual? Ao se produzir uma pizza, por exemplo, pode o empresário adquirir no mercado a massa, o molho, os ingredientes e, ao fim, juntá-los para vender. Pode, também, contratar uma cozinheira para que junte os ingredientes, ou então, contratar mais outra pessoa para fazer a massa. Pode, ainda, contratar mais pessoas e produzir todos os ingredientes, do início ao fim. A questão está em se saber por que agir mais ou menos “em grupo”, ou seja, por que optar ou não por algum tipo de organização.

Pode parecer que a questão esteja na especialização e na complexidade tecnológica da produção de certos bens, de maneira que isso seria possível para o caso da pizza e não para o de produtos mais sofisticados. No entanto, a especialização, como demonstra Coase, é algo já existente no mercado.

Uma fábrica de veículos, por exemplo, tem a faculdade de produzir seus automóveis do início ao fim. Pode, no entanto, ser apenas uma montadora, adquirindo as peças por meio de diversos contratos não-interligados feitos diretamente no mercado, ou então, apenas produzir o item metálico que acompanha o cinzeiro do automóvel. A maior ou menor especialização não se dá necessariamente em função da existência da atividade organizada, ou seja, da empresa.

Por certo não há uma tendência natural do homem de gostar de trabalhar sob as ordens de outros homens, assim como o faz o trabalhador em relação ao empregador. Da mesma forma, é de se supor que alguém que não deseje ser controlado, mas sim que queira controlar outro, esteja disposto a dar-lhe alguma coisa em troca. Ele deve pagar mais aos seus empregados, e/ou proporcionar-lhes mais benefícios do que estes

conseguiriam agindo diretamente no mercado, atuando, por exemplo, como autônomos.

Aqueles que pagam mais para poder exercer algum tipo de poder sobre outros e que não são pagos por outras pessoas têm, necessariamente, que ter alguma vantagem financeira em relação aos que atuam diretamente no mercado, pois do contrário, não teriam como arcar com os custos dos salários devidos. Isso implicaria dizer que os consumidores dão maior valor aos bens produzidos sobre o regime da organização empresarial do que sobre aqueles produzidos no mercado. A premissa, no entanto, não é verdadeira. Uma pizza feita por um único cozinheiro pode ser mais cara do que uma feita através de uma atividade organizada.

A razão principal para que se opte pela organização empresarial está no fato de que há custos no uso do mecanismo de preços. Organizar uma produção através da aquisição direta dos bens no mercado implica a existência de um custo de se saber os preços, é o custo da informação. Isso porque os preços não são homogêneos no mercado e descobrir os melhores é tarefa que representa, invariavelmente, um custo. O empresário que opta por adquirir aquilo de que precisa no mercado ao invés de estruturar uma organização para produzi-la, terá o custo de negociar cada contrato separadamente. Assim, o vendedor de pizzas terá que negociar separadamente com cada fornecedor e isso importa um custo.

É fato que esses contratos não são eliminados com a existência da empresa, mas é inegável que há uma substancial redução de seu volume. Imagine-se, para facilitar a compreensão, o caso de um empresário que tivesse que contratar com cada um de seus empregados a cada vez que dependesse de um serviço, como se fossem eles autônomos: isso representaria, sem dúvida, maior custo.

Outro fator relevante para o uso da empresa é a substituição de contratos de curto-prazo por contratos de longo-prazo. Ter um empregado, por exemplo, nada mais é do que contratá-lo a cada novo instante. Com o uso da organização empresarial, são trocados muitos contratos de curto-prazo por poucos de longo-prazo. Isso também reduz de modo relevante os custos de negociação.

Com esse contrato de longo-prazo, o empregador pode ter a certeza de que poderá mandar em seu empregado. Não poderá ele se esquecer, de todo modo, que é possível reversão do cenário. O empregado pode, por exemplo, mudar de emprego ou trabalhar diretamente no mercado como autônomo. Assim, a garantia de que o empregado irá obedecer às ordens do empregador fica sujeita a algumas limitações, já que o empregado pode optar por agir em função do mecanismo de preços. É comum ver, por exemplo, um empregado mudar de emprego porque encontrou uma oportunidade de ganhar mais.

Em seu estudo, Coase destacou ainda um importante aspecto prático. As transações realizadas por meio das organizações empresariais recebem tratamento diferenciado, por parte do governo e de entidades regulatórias, em relação às realizadas de outras maneiras. Se pensarmos em um imposto cobrado sobre uma prestação de serviço, ficará claro que o modo de cobrança sobre as atividades empresariais é diferente do realizado nas demais operações. Afinal, não é cobrada de maneira isolada a prestação de serviço que cada empregado faz ao empresário, como seria feito caso fossem autônomos.

A empresa, desta forma, consiste em um sistema de relações que vem a existir quando um empresário organiza os recursos para a produção de bens ou prestação de serviços. Torna-se maior na medida em que o empresário passa a incorporar na organização novos recursos.

Outra pergunta que se coloca no estudo de Coase é: se a organização empresarial é capaz de reduzir os custos, por que toda a produção não é feita por uma única grande empresa? Isso se dá porque em determinado ponto, o custo para organizar uma nova atividade é superior ao de conseguí-la através do mercado. Marginalmente, o custo de organizar uma atividade a mais na empresa será o mesmo de realizá-la através de outra empresa (ou diretamente no mercado). A razão disso é que na medida em que a organização cresce o empresário começa a falhar naquilo que ele tem, em tese, de melhor, que é habilidade de organizar de maneira eficiente a forma de alocar os recursos dentro da organização. Desta forma, são contrapostas as forças que levam o empresário a organizar uma nova atividade e as que o levam a abandonar uma atividade já exercida; e é justamente isso que irá determinar o tamanho da empresa.

A decisão dos agentes econômicos põe-se, pois, entre dois pólos: organizar uma estrutura hierárquica, própria das empresas, que resulta em certa rigidez, ou ficar na dependência dos mercados, mais flexíveis, mas que incluem risco para a produção¹⁰⁷.

Em suma, o estudo de Coase procura demonstrar que a organização empresarial é uma forma de redução de custos de transação¹⁰⁸; custos estes que seriam incorridos, por exemplo, ao recorrer-se ao mercado na busca de recursos para a produção do bem querido. Representa, assim, um conjunto de contratos de longo-prazo que substituem diversos outros que poderiam ser realizados individualmente no mercado. Os contratos geram estabilidade para a produção ao permitirem que o capital (trabalho e bens) esteja disponível ao longo do tempo.

¹⁰⁷ SZTAJN, Rachel. Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004. p.188.

¹⁰⁸ Os custos de transação, mencionados por Coase, representam o custo de realizar um operação negocial, barganhar.

Mas cabe lembrar que esses contratos, quando ineficientes, tendem a ser substituídos por operações diretas no mercado, ou a serem realizados por meio de outra empresa.

O trabalho de Coase é importante para demonstrar que a organização empresarial é um importante tipo contratual para a alocação de recursos. A importância da empresa, portanto, não está propriamente na especialização das tarefas – já que essa pode ser obtida via mercado – mas sim na diminuição dos custos de transação. E tal diminuição decorre do conjunto de contratos que constituem a empresa.

A análise de Coase deixa clara, por conseguinte, a natureza contratual do instrumento que viabiliza a empresa, qual seja, a sociedade. Esta, como instituição, assim como pretendem alguns doutrinadores, somente faz sentido do ponto de vista descritivo. Explique-se: é certo que uma grande sociedade de capital aberto não parece ter a mesma natureza contratual de uma pequena sociedade limitada, na qual os sócios se conhecem. O acionista de uma grande sociedade aberta que compra e vende ações em bolsa, por sua vez, pouco se assemelha a um contratante, a menos que se trate de um contrato de adesão. As características que decorrem das diferenças entre as grandes e pequenas sociedades podem, desta forma, ensejar diferentes classificações. Afinal, do ponto de vista descritivo a grande sociedade, de fato, se parece mais com uma instituição, enquanto que uma pequena assemelha-se mais a um conjunto de contratos.

A constatação descritiva, no entanto, não deve servir para se aplicar preceitos de ordem pública em virtude do caráter institucional das sociedades. A natureza das sociedades e, conseqüentemente, das empresas é sempre contratual, possuindo maior ou menor característica de uma instituição.

Embora seja difícil se pensar nas relações contratuais de uma grande sociedade sendo substituídas por transações de mercado, de forma que esta desapareça, deve ser lembrado que é isso que ocorre, por exemplo, quando uma empresa fale ou quando perde mercado para uma sociedade concorrente. As características das sociedades de grande porte podem ser – e na maior parte das vezes são – a de uma instituição, mas isso não pode representar a existência, por si só, de qualquer tipo de obrigação, ainda mais tendo em vista a sua falta de previsão legal.

Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei. E essa regra se aplica igualmente às sociedades empresariais.

Tem-se, assim, que não há substancial diferença entre a função social da propriedade e a do contrato. Antes de adentrar o estudo da interferência sobre as empresas, ou seja, de sua função social e de suas sutis peculiaridades em relação a outras funções sociais, cabe tentar entender o que se entende por interesse público, bem-público, e expressões afins.

4.3 – Interesse Público, Ordem Pública, Bem-Comum e Afins

O debate sobre a função social, como visto, nos remete a diversos conceitos, em princípio, abstratos, tais como: ordem pública, bem-comum, interesse supra-individual, bem público, interesse nacional, entre outros. Cabe então definir o que vem a ser o interesse público (e suas variações) e o bem-comum perseguido.

Interesse público é expressão recorrente na doutrina administrativista brasileira. Considera-se, em direito administrativo, que existe uma supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Celso Antônio

Bandeira de Mello alça tal supremacia à condição de princípio geral de Direito:

“O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. (...)

Como expressão desta supremacia, a Administração, por representar o interesse público tem a possibilidade, nos termos da lei, de constituir terceiros em obrigações mediante atos unilaterais”¹⁰⁹.

O interesse público ou geral é exercido pelo Poder Público, pela Administração *lato sensu*. Mas deve se dar “nos termos da lei”.

Partindo da premissa de que interesse público tem conteúdo próprio, autônomo em relação ao interesse particular, pode-se dizer que o tal interesse é diferente do que consta da lei, pois do contrário representaria apenas o seu cumprimento. A busca pelo sentido do interesse público não pode considerar que segui-lo é o mesmo que cumprir à lei. Embora restrita à lei, o interesse público, para ter algum significado, deve representar algo diferente do que a própria lei diz.

Interesse público, nessa linha, pode ser um poder dado à administração pública para atuar de determinada forma ou, como prefere Bandeira de Mello, um dever, já que decorre de uma função. A questão está em se saber qual é a forma que a lei determina. Obviamente ela tem que prescrever uma forma, pois do contrário interesse público seria o que conviesse ao administrador público.

Em se tratando de administração pública, é preciso distinguir o interesse público do interesse do agente. Se interesse público fosse meramente o interesse do indivíduo encarregado da função pública, existiriam diversos “interesses públicos”, cada um deles influenciado pelo interesse particular de cada agente.

¹⁰⁹ Curso de direito Administrativo, 21 Edição. Pg. 93.

Os autores italianos fazem distinção entre o interesse público e o interesse meramente das pessoas estatais (ora coincidentes, ora antagônicos). Aquele é denominado interesse primário, enquanto este é denominado interesse secundário¹¹⁰. Interessa-nos particularmente o interesse primário, que é aquele pertinente à sociedade como um todo.

Mas qual é o conteúdo desse interesse público? É o interesse da maioria? É o interesse em comum? Será aquele que a lei estabelecer?

Talvez não esteja na doutrina administrativista a resposta para essas questões. Até porque seu foco está, primordialmente, na relação entre a administração pública e seus agentes. A aplicação da supremacia do interesse público aplica-se diferentemente entre agentes públicos e agentes privados. É princípio típico da administração pública e não da atividade privada.

Ainda assim, vale conferir a menção que Bandeira de Mello faz com relação à aplicação do princípio pela administração pública:

“O princípio cogitado, evidentemente, tem, de direito, apenas a *extensão e compostura* que a ordem jurídica lhe houver atribuído na Constituição e nas leis com ela consonantes. Donde, jamais caberia invoca-lo abstratamente, com prescindência do perfil constitucional que lhe haja sido irrogado, e, como é óbvio, muito menos caberia recorrer a ele contra a *Constituição ou as leis*”¹¹¹.

A premissa de que a lei estabelece o conteúdo da função social, no entanto, não pode ser totalmente verdadeiro. Quanto à função social da propriedade rural, por exemplo, é possível ter, ainda que minimamente, a noção do dever que é atribuído ao Estado, tal como o de restituir o valor das desapropriações que realizar. Nesse caso, tem-se o Estado exercendo o interesse público, em conformidade com a lei. Mas e quanto à função social do contrato? Tendo em vista que não há qualquer limitação legal para o

¹¹⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 21ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.95.

¹¹¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 21ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.p.94.

exercício dessa função por parte do Estado, pode-se dizer que este é a própria função social? A resposta, conforme já observado, só pode ser não.

A inexistência do conteúdo da regra capaz de criar obrigações ao particular impõe uma realidade difícil, pois não é fácil, nesses casos, estabelecer o conteúdo do interesse público. Não estando na lei o conteúdo, deve-se recorrer à Constituição. É razoável admitir, embora passível de críticas, que a Constituição seja o local que traça o interesse social.

A Constituição não define o que é interesse público. Sua interpretação não permite, da mesma forma, que se constate que o interesse público deve prevalecer diante do interesse privado. Embora submeta algumas situações ao interesse público, o faz explicitamente e de maneira específica. Não há uma regra geral que indique a aplicabilidade do interesse público a qualquer situação, muito menos em relação a qualquer relação privada. A mesma dificuldade há com o termo interesse social contido na Constituição. É bastante difícil a distinção prática desses interesses com o interesse do Estado.

A Constituição menciona, por exemplo, “interesse público da União” no artigo 231, §6º. Atribui a um ente da federação um interesse que é público. Mas não atribui ou menciona o interesse público dos Estados e dos Municípios. Existem, assim, como já distinguiram os italianos, dois tipos de classificação de interesse público: um que, em tese, pode se contrapor ao interesse individual – é o interesse do coletivo; e outro que significa o interesse do Estado (União, Estados Municípios, seus agentes, etc.). Ambos se misturam, até porque o intérprete é o mesmo.

O interesse coletivo, que é o que nos interessa, não é o mesmo que o interesse da maioria. Ao se perquirir o interesse público não se deve desconsiderar o interesse de uma minoria em favor de uma maioria. Se

assim fosse, uma maioria poderia ser subjugar a minoria ao seu próprio interesse. Ter-se-ia, então, um abuso da maioria.

O alinhamento de interesses entre as pessoas nos leva a um quadro de interesse comum, aquele resultado da cooperação. Ilustrativamente, pode-se dizer que viver em um ambiente seguro é um interesse comum, absolutamente todos o querem.

Até mesmo o bandido o quer. Isso porque por mais que ele tente se beneficiar dos outros expropriando o que lhes pertence, um ambiente inseguro significará que ele também estará exposto à violência de outros. Por mais que a expropriação possa parecer benéfica, no curto prazo, para um bandido, no longo, a instituição da violência será ruim para esse sujeito.

A tendência das pessoas é a de cooperarem entre si. Imagine-se o caso de uma máfia. Inicialmente, um bandido domina toda a distribuição de drogas uma determinada região X. O bandido da região Y, pensando em seu próprio benefício (curto prazo) e, crendo ser mais forte que o bandido da região X, vai e o mata, tomando-lhe toda a área e passando a dominá-la. Após isso, o bandido da região W vem e, sob a mesma premissa, mata este, e assim, sucessivamente, bandidos buscam seus próprios interesses matando uns aos outros. Por certo, a tendência entre esses bandidos é, em algum momento, o de estabelecer um acordo (provavelmente em que estejam temendo pelas suas próprias vidas), de cooperar. É vantagem para todos os contratantes, por mais que possa ser benéfico acabar com seu inimigo, que tenham alguma garantia de que não serão mortos. É claro que isso não evita completamente o risco de que o acordo seja descumprido. Esse risco é inevitável.

O exemplo busca explicar a existência de uma tendência de cooperação entre as pessoas. Mas, se é assim, ter um ambiente dominado por máfias é um interesse comum? Por que não?

É claro que um ambiente dominado por máfias não é um interesse comum. Isso porque a máfia, embora não use da força contra si própria, usará contra alguém. Esse alguém não tem interesse que o acordo entre as máfias prevaleça, pois ele implica, ao fim, o uso da força contra ele. Um ambiente seguro é aquele no qual, obedecidas certas regras, ninguém possa violar os direitos dos outros, utilizando-se da força.

O interesse público deve ser o interesse comum, o interesse que, em princípio (e em tese) todos têm. Diz-se “em princípio” porque pode acontecer de um interesse determinado ser, no curto prazo, diferente do interesse comum. É o caso de uma simples fila indiana, clássico modelo de cooperação entre as pessoas. Embora todos concordem, em princípio, que as filas devam ser respeitadas, invariavelmente algum sujeito apressado quererá furá-la. Mas isso não descaracteriza o interesse comum de que estas devem ser respeitadas.

Não é difícil relacionar o interesse comum com a propriedade privada e com os contratos. Pessoas desejam que suas propriedades sejam respeitadas e que contratos sejam cumpridos. O exemplo dos contratos é bom para que se entenda o interesse comum. É certo que é interesse comum que os contratos sejam cumpridos. Mas não que sejam sempre, necessariamente, cumpridos. Um contrato que tenha por objeto compelir um terceiro a fazer algo, não é um contrato que se queira ver cumprido. Da mesma forma, um contrato que, por motivos extraordinários, ponha um contratante em situação de extrema situação de benefício em relação à outra parte também não deve ser cumprido da forma como originalmente estabelecido. A desproporção, embora pareça favorável ao contratante

beneficiado no caso concreto, não será querida por ele como regra geral para os próximos casos, tendo em vista que em algum momento poderá ser ele o prejudicado.

Desta forma, interesse comum é o resultado daquilo que em tese resultaria da cooperação da coletividade. Decorre disso, obviamente, a necessidade de estabilidade das decisões, afinal a cooperação compreende a atuação em comum. Não pode ser do interesse comum que decisões sejam variáveis, aleatórias. Conseqüentemente, necessita-se de certa precisão para que as regras sejam sabidas por todos e seja possível, assim, seu cumprimento.

No cenário descrito, uma coisa é certa: não será do interesse comum que ocorram decisões que descumpram as regras. As regras de cooperação, é certo, não são sempre fáceis de serem descobertas, pois na realidade dependem, muitas vezes, do resultado da negociação entre pessoas em situações concretas opostas, ou seja, do produto resultante do que seria o acordo entre esses interesses opostos. Na medida em que aumenta especificidade e a complexidade da matéria, maior a dificuldade de conhecê-las. Ainda mais porque nem sempre as leis representam com fidelidade as regras resultantes da cooperação. Como já se viu, as leis são resultado de decisões políticas e estas não necessariamente obedecem ao interesse comum; pelo contrário, grande parte das vezes estão ligadas ao benefício, ainda que indireto, de grupos específicos.

Além disso, a lei tem uma característica perversa. É capaz de apagar das consciências a noção do justo e do injusto¹¹². Como ensina Bastiat:

“Nenhuma sociedade pode existir se nela não impera de algum modo o respeito às leis. Porém, o mais seguro para que as leis sejam respeitadas é que sejam de fato respeitadas. Quando a lei e a moral estão em contradição, o cidadão se acha

¹¹² BASTIAT, Frédéric. *A Lei*. trad. Ronaldo da Silva Legey. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1991. p.8.

na cruel alternativa de perder a noção de moral ou de perder o respeito à lei, duas infelicidades tão grandes tanto uma quanto a outra e entre as quais é difícil escolher. Fazer imperar a justiça está tão inerente à natureza da lei, que lei e justiça formam um todo no espírito das massas. Temos todos forte inclinação a considerar o que é legal como legítimo, a tal ponto que são muitos os que falsamente consideram como certo que toda a justiça emana da lei. Basta que a lei ordene e consagre a espoliação para que esta pareça justa e sagrada diante de muitas consciências. A escravidão, a restrição, o monopólio acham defensores não somente entre os que deles tiram proveito como entre os que sofrem as suas conseqüências”.

Não se quer adentrar discussões filosóficas sobre a moral. Mas é inegável que uma lei que conceda privilégios a certos grupos, em detrimento de outros, estará atentando contra as regras de cooperação e, conseqüentemente, contra a moral.

Apesar das questões acima destacadas e da conveniência ou não das leis em razão de sua correspondência ao que seriam normas de cooperação, o que importa é que sob este sistema as regras são estabelecidas por lei, e por isso devem ser cumpridas. Discutir a pertinência ou não das leis é atitude inócua diante da sua inaplicabilidade. A estabilidade das decisões judiciais (mais no sentido de previsibilidade que no de imutabilidade) é importante até para que se possa determinar se os efeitos da lei são ou não pertinentes.

Contudo, as razões que muitas vezes fundamentam as decisões judiciais, quais sejam, aquelas relacionadas a algum um interesse público, não raro têm como conseqüência o descumprimento de uma lei. Assim, em nome da função social, interesse público, interesse social, bem-público, “interpretações sistemáticas”, ou por quaisquer outras razões, as leis deixam de ser aplicadas para serem substituídas por algo que de antemão não poderia ser previsto. Esse nunca poderá ser o interesse público: na verdade esse é o interesse exclusivamente do Estado-Juiz.

Como poderia da cooperação da coletividade surgir o interesse levá-la ao estabelecimento de uma regra que pode ser desconsiderada em função

do próprio interesse? Fundamentar o interesse público somente na importância do bem jurídico tutelado é uma petição de princípio. Existe a obrigação de o proprietário utilizar sua propriedade de forma a atender função social, pois essa utilização é de interesse público; e o interesse público, quando concretamente invocado pelos juízes, fundamenta-se justamente na necessidade de que propriedade atenda a sua função social.

O bem-comum perseguido não pode ser a boa utilização da propriedade, pelo fundamento de que a boa utilização da propriedade gera o bem-comum. Essa lógica beira a esquizofrenia. O julgador que assim fundamenta sua decisão nada mais está a fazer senão aplicar o seu próprio interesse em nome do interesse público.

Interesse público não pode ser outro senão o interesse comum. Mas como saber o interesse comum? Como saber o que deseja a coletividade?

Quando uma pessoa deseja algo ela empreende um esforço para conseguir aquilo quer, isto é, gasta tempo, dinheiro. Se quero adquirir um bem por um preço qualquer, terei que oferecer outra coisa em troca, terei que negociar. Se quero muito ser síndico do condomínio onde moro, terei que deixar de fazer outras coisas para ir para as reuniões tentar convencer os outros condôminos. Ou então, se quero eleger muito determinado político, terei de votar nele e tentar convencer os outros que também votem no mesmo sentido.

Pessoas despendem recursos na busca daquilo que querem. A todo o momento estão quantificando, ainda que nem sempre de maneira precisa, o valor das coisas e das atitudes que tomam. Não que sejam máquinas movidas por atitudes friamente calculadas, mas é inegável que tendem a tomar decisões racionais, a aprender com seus próprios erros. Os que agem de modo aleatório são loucos.

As pessoas estão sempre dando valores às coisas e o modo de se saber os valores (que nem sempre são expressos por cifras em dinheiro) se dá através do mercado. Se o conjunto das intenções individuais valoriza um bem mais do que outro, significa que há sobre aquele maior interesse público do que sobre este (o motivo desse interesse pode variar). Um bom modo de se perquirir o interesse público está em ver se as forças do mercado caminham para aquele sentido.

Não é raro ver decisões políticas e judiciais baseadas no interesse público que tem por consequência situações fáticas absolutamente desvalorizadas pelo mercado. Cite-se como exemplo o interesse público de “integração nacional” que faz com que um governante construa uma estrada de 2.300 km de extensão que liga a cidade de Benjamin Constant (Amazônia) à cidade de Cabedelo (Paraíba) a um custo estratosférico. Bem, é de se supor que muitas pessoas pagariam para poder usufruir de seus benefícios. É de se supor, também, que essa rodovia caso “vendida” ao mercado fosse precificada a um valor compatível ao de seu custo. Mas, se ao invés disso, as pessoas não dão qualquer valor para aquela estrada e nem sequer a utilizam como via de transporte, há algo de errado. Sobre qual “interesse público” o político se baseou ao tomar a decisão? Interesse público de quem?

O exemplo extremo dado acima, a fim de facilitar a exposição das idéias aqui desenvolvidas, é aplicável a diversos outros casos, menos explícitos.

Ressalte-se que não se está a defender a inexistência de um interesse público, ou a necessidade de que as decisões sejam rigorosamente baseadas na vontade do mercado. Não é o propósito deste trabalho a promoção de qualquer corrente político-filosófica. O que se quer é destacar que há nas

forças do mercado alguma semelhança com o interesse público. Atitudes tomadas com base no interesse público que nem ao menos convergem em direção ao interesse do mercado estão sendo baseadas no interesse de alguém, que não “o do público”.

Não é que o mercado seja o interesse público, necessariamente. Mas sua consideração para a tomada de decisões com base no interesse público é de fundamental importância. O mercado serve, assim, como um bom critério de apuração do interesse comum. Isso significa dizer que decisões que contrariem frontalmente as tendências do mercado devem ser mais bem fundamentadas e não podem basear-se simplesmente no interesse público, sob pena de se transformarem em petição de princípio.

CAPÍTULO 5 – FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Aplicada à empresa a função social apresenta alguns aspectos específicos em relação a sua aplicação aos contratos em geral. Há interesses expressamente mencionados na lei (6.404/76) que devem ser atendidos pela empresa, tal como existe na função social da propriedade rural. Diferem estes últimos quanto à determinação, já que, como veremos, é mais difícil sua determinação para o caso da empresa.

Não há, ao contrário do que ocorre com a função social da propriedade e do contrato, um dispositivo legal que institua a função social da empresa.

A função social da empresa é fundamentada por parte da doutrina em interpretação extensiva da função social da propriedade¹¹³. O exercício da empresa deve-se ater aos parâmetros constitucionais que regem o exercício da atividade econômica, quando só então merecerá a devida tutela. Essa doutrina sustenta que o artigo 170 da Constituição Federal serve como norteador do que se deve entender por função social da empresa. Dispõe o artigo 170:

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

- I. soberania nacional;
- II. propriedade privada;
- III. função social da propriedade;
- IV. livre concorrência;
- V. defesa do consumidor;

¹¹³ Nesse sentido, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO Bruno Paiva, Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 857, p. 17. mar./2007. Os autores destacam que há quem vincule de maneira incorreta, a noção de função social da empresa à função social da propriedade, confundindo, inclusive, categorias com as de função social e de responsabilidade social da empresa. Confira-se, a esse respeito, o seguinte trecho destacado pelos autores: “O princípio que assegura a propriedade privada ao mesmo tempo condiciona-a a ter uma função social. Por essa razão, esse mesmo princípio assegura a propriedade privada da empresa, mas também a condiciona a atender a sua função social”. Fabretti, Láudio Cabargo. Direito de empresa no novo Código Civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 25.

- VI. defesa do meio-ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
 - VII. redução das desigualdades regionais e sociais;
 - VIII. busca do pleno emprego;
 - IX. tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.
- Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Guilherme Calmon Nogueira e Bruno Bartholo ressaltam que o Código Civil de 2002, embora omissivo com relação à função social da empresa, acolheu tal modalidade de função social:

“seja em razão do exposto reconhecimento da função social de outros dois institutos intimamente vinculados ao exercício da empresa, que são o contrato (art. 422, CC) e a propriedade (art. 1228, §1º, CC), de cujo cumprimento não pode o empresário se escusar no empreendimento de seus negócios e, nas hipóteses de sociedades empresárias, nas relações, de natureza contratual, entre os sócios, seja em virtude dos critérios dirigentes da interpretação do diploma civil de 2002, que são a eticidade, a socialidade e a operabilidade”¹¹⁴.

Em sintonia com tal argumento, confira-se o Enunciado 53, aprovado na *I Jornada de Direito civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal*:

“Deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa”¹¹⁵.

De fato, viu-se que propriedade e, especialmente, contratos têm muito em comum com a empresa. Mas com relação àqueles há previsão expressa na legislação. Por mais que seja questionável o conceito de função social com relação à propriedade e aos contratos, o fato é que há uma cláusula geral que prevê sua aplicação – embora não preveja como.

Com relação à empresa o conteúdo é de mais difícil apreensão. Isso porque a aplicação do art. 170 CF depende de uma interpretação que

¹¹⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO Bruno Paiva, Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 857, p. 17.

¹¹⁵ Jornadas de Direito Civil: Enunciados aprovados. Disponível em <<http://www.jf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>>. Acesso em 30.05.08.

seleccione o que e como são aplicáveis aqueles princípios. Se o que dá os contornos ao instituto é o art. 170 CF, terá a empresa que respeitar o consumidor, defender o meio-ambiente, reduzir as desigualdades sociais e buscar do pleno emprego?

Antes de tudo, é importante lembrar que os princípios destinam-se à ordem econômica como um todo e não à empresa. A leitura do artigo deixa claro que qualquer tipo de obrigação dele decorrente dirige-se ao Estado.

O respeito ao consumidor não deve ocorrer apenas pelas empresas, mas por todos, conforme disposto no Código de Defesa do Consumidor. O meio-ambiente, por sua vez, também tem parâmetros e regras próprias de exploração: exige-se licença, estudo de impacto, programa de reflorestamento, etc. Ora, não pode a função social significar o mesmo que cumprir a lei. Se há nela um sentido próprio, não pode ser esse.

Há ainda a redução das desigualdades e a busca do pleno emprego. Ambas se relacionam. Mas é dever das empresas buscar empregar o máximo de empregados possível? Aqui já se revela uma das vertentes da função social da empresa, qual seja, a de respeito aos direitos dos empregados.

Na verdade, os dispositivos legais que fornecem a fundamentação da função social da empresa estão na Lei das Sociedades Anônimas. Os artigos que se referem à função social são utilizados pela doutrina de maneira extensiva¹¹⁶ para toda a empresa.

Vejamos as previsões legais de função social feitas na Lei das S.A.:

“Art. 116. (...):

¹¹⁶ Embora toda sociedade anônima exerça empresa, nem toda empresa é exercida por sociedades anônimas, como é o caso das sociedades limitadas empresariais.

- a) (...); e
- b) (...).

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

“Art. 154. O **administrador** deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do **bem público e da função social da empresa**.
(...)”(grifamos).

Da leitura dos artigos vê-se, em primeiro lugar, a quem é destinada a obrigação de cumprir a função social. A lei a atribui ao controlador e ao administrador da sociedade o cumprimento da função social. Embora a lei trate de ambos, a redação do art. 116 parece mais enfática na imputação do dever ao controlador do que a disposição do art. 154 com relação ao administrador.

A interpretação literal dos artigos não facilita sua compreensão. Com relação ao art. 116, veja-se que trata de três pontos distintos, (i) o objeto social, (ii) a função social; e (iii) os deveres e responsabilidades com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua.

O primeiro não se confunde com os outros dois elementos; representa a atividade econômica que a companhia irá desenvolver. A sociedade anônima é livre para desenvolver qualquer tipo de atividade econômica, desde que esta não seja contrária à lei, à ordem pública ou aos bons costumes. Objeto social é o fim para o que a sociedade é constituída.

Em seguida a lei trata da função social e dos deveres com os demais acionistas, os trabalhadores e a comunidade em que atua. A redação do artigo dá a entender que função social é algo diferente desses deveres e responsabilidades. O elemento função social não se mistura com o elemento

respeito aos direitos de trabalhadores e demais. Do contrário teria a lei disposto que o controlador deve usar seu poder para fazer a sociedade “(..) cumprir sua função, respeitando os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua”, ou então, “cumprir a função social e respeitar, portanto, (...)”.

Esta análise pode parecer um tecnicismo exagerado, uma questão de vírgulas, mas é curioso notar que o legislador, ainda que esta não fosse sua real intenção, tenha separado a função social dos tais deveres e responsabilidades. Isso é interessante porque a doutrina brasileira não faz qualquer distinção; trata a função social como sendo os próprios deveres e responsabilidades. Deve-se ter cuidado na busca por um sentido prático para a função social. Em um permanente exercício de alargamento de sua capacidade interpretativa, parte da doutrina busca a todo custo criar uma função social concreta, consistente. Essa doutrina, que recolhe retalhos de trechos legais em diferentes diplomas e ornamenta-os com bordados de “justiça social”, tem um objetivo bem traçado: o que importa é alcançar o fim – a função social, ainda que o meio que permita isso não seja muito claro.

Por outro lado, é inegável que os interesses tutelados se coadunam com o que seria o reconhecimento de que o exercício da empresa afeta terceiros. Ou seja, aplicando-se a idéia de função social à empresa, tal como é feita na propriedade e no contrato, chegar-se-ia a conclusão de que aqueles que são referidos no artigo 116 são os “terceiros afetados” pelo exercício da empresa.

A lei, como se viu, impõe ao controlador deveres e responsabilidades a fim de garantir o interesse de acionistas minoritários, empregados e comunidade. Esses a quem a lei protege são chamados na doutrina

estrangeira de *stakeholders*, ou seja, aqueles que possuem algum interesse distinto do da participação nos resultados.

O termo *stakeholder* ajusta-se à idéia de que eles são os tutelados pela função social. Do ponto de vista prático, pouco importa investigação do conteúdo do instituto da função social da empresa, pois esse é claramente indeterminado. Já as conseqüências de sua existência, ou seja, as obrigações a que estão potencialmente submetidos os controladores e os administradores, essas sim são bastante importantes.

Muito se fala atualmente sobre os direitos do *stakeholder*. A discussão sobre o tema, contudo, é acompanhada de outros fatores que não estritamente ligados ao instituto jurídico da função social. O tema é mesclado com assuntos tais como consciência ambiental, governança corporativa, ética empresarial, responsabilidade social, direitos do consumidor, entre outros. Isso contribui para o aparecimento de idéias que, além de promoverem esses objetivos no campo ideológico, buscam estabelecer modos efetivos para alcançá-los. Isso acaba por se transformar em um ativismo “politicamente correto” que tem como conseqüência a utilização das cláusulas gerais para embutir na vida empresarial diversas obrigações e custos, sem que haja a devida reflexão e, principalmente, sem que haja o devido processo legislativo.

5.1 – Stakeholderismo

“When I hear businessmen speak eloquently about the ‘social responsibilities of business in a free-enterprise system’, I am reminded of the wonderful line about the Frenchman who discovered at the age of 70 that he had been speaking prose all his life. The businessmen believe that they are defending free enterprise when they declaim that business is not concerned ‘merely’ with profit but also with promoting desirable ‘social’ ends; that business has a ‘social conscience’ and takes seriously its responsibilities for providing employment, eliminating discrimination, avoiding pollution and whatever else may be the catchwords of the contemporary crop of reformers. In fact they are—or would be if they or anyone else took them seriously—preaching pure and unadulterated socialism.

Businessmen who talk this way are unwitting puppets of the intellectual forces that have been undermining the basis of a free society these past decades”¹¹⁷.

“Que tipo de empresa nós queremos?”

Esse é o tipo de pergunta clássica que precede um discurso *stakeholderista*. Normalmente vem acompanhada de exaltação da importância da empresa, de sua qualidade geradora de empregos, pagadora de tributos, etc. Desse ponto em diante, os que assim pensam começam a demonstrar que é necessária forte regulação sobre a atividade empresarial, pois, caso contrário, abusos poderão ser cometidos, florestas devastadas, desemprego, concentração do poder econômico, desigualdade social, entre outras coisas.

Muitos dos seus defensores propõem um Estado intervencionista. O discurso que propõe o aumento da burocracia incidente sobre as empresas é forma que mais se parece com uma revolução disfarçada do que com qualquer outra coisa. Mistura-se a esse elemento certo nacionalismo que, no Brasil, lembra tempos de ditadura militar.

Interessa-nos, pois, os aspectos jurídicos do instituto da função social da empresa. A análise deve compreender a separação entre o que é apenas ativismo ou ética daquilo que decorre da ordem jurídica, ou seja, que é capaz de impor às empresas algum tipo de dever.

Para José Edwaldo Tavares Borba, a análise dos dispositivos da lei das S.A. que tratam da função social da empresa demonstra que a sociedade anônima deixou de ser um mero instrumento de produção de lucros para

¹¹⁷ FRIEDMAN, Milton. The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits. *The New York Times Magazine*, 13 Sep., 1970.

e elevar-se à condição de instituição destinada a exercer o seu objeto para atender aos interesses de acionistas, empregados e comunidade¹¹⁸.

O Professor Alfredo Lamy, por sua vez, manifesta-se no sentido de que a satisfação dos deveres e responsabilidades do controlador “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 – numa palavra, na observância de uma ética empresarial, que, afinal, é o que distingue o aventureiro do empresário”¹¹⁹.

As noções de função social de ambos os autores contêm a idéia de que os interesses de outras pessoas, que não somente os dos sócios, devem ser respeitados. Borba apenas se refere aos interesses dos stakeholders, enquanto Lamy acrescenta à função social alguns outros elementos, quais sejam, (i) o atendimento aos reclamos da economia nacional e (ii) a observância de uma ética empresarial.

Para Borba os interesses “devem conviver equilibradamente no âmbito da sociedade; as decisões tomadas terão, necessariamente, que considerá-los, a fim de que nenhum deles seja sacrificado”¹²⁰. A coexistência de diversos interesses na empresa nos leva a um quadro complexo, especialmente tendo em vista o potencial conflito entre eles. Como compor o interesse dos sócios majoritários com o dos minoritários, dos trabalhadores, das comunidades envolvidas, da economia nacional, e da ética empresarial?

¹¹⁸ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 134.

¹¹⁹ LAMY, Alfredo. A Função Social da Empresa. *Revista de Direito Administrativo*, nº 190. Rio de Janeiro: Renovar. p. 59. out./dez. 1992.

¹²⁰ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.134.

Conciliar o conflito entre a ação empresarial e a ética é papel do empresário, sem dúvida. Espera-se que sua atuação sempre seja ética. Conciliar os interesses dos sócios majoritários com minoritários, por sua vez, é tarefa que a lei procurou fazer, estabelecendo o princípio majoritário, segundo o qual a maioria decide, e submetendo-o a certas regras, a fim de evitar o abuso da maioria sobre a minoria. Mais difícil é determinar o que são os interesses dos trabalhadores, da comunidade e, principalmente, da economia nacional.

Inclua-se, ainda, no rol das vertentes da função social da empresa a consciência ambiental e a responsabilidade social, também muito debatidas atualmente.

Para que não se fuja da perspectiva prática da extensão da função social da empresa, veja-se, então, em que consiste a função social da empresa em cada uma de suas vertentes.

5.1.1 Interesse econômico nacional

Parece-nos que a consideração sobre o interesse econômico nacional seja a mais problemática.

Dizer que o empresário tem que atender ao interesse da economia nacional é complicado, especialmente diante do processo de globalização que o mundo vem passando nas últimas décadas.

A atividade empresarial dos dias de hoje não mais obedece a fronteiras; ao contrário, atende a consumidores nos mais diversos cantos do mundo e emprega pessoas de todo tipo de nacionalidade. Por que os consumidores nacionais têm de ser privilegiados ante aos não-nacionais?

Em um mundo globalizado como o nosso, falar-se em interesse da economia nacional pode ser bastante perigoso. Não há como dissociar a idéia de interesse econômico nacional com o interesse Estatal, governamental, incidente sobre a matéria econômica. Não bastasse o enorme poder de tarifar as empresas, que inclui diversos mecanismos capazes de interferir o exercício da empresa tais como progressividade e seletividade, quer-se também que as empresas atuem em nome de um interesse nacional. Ora, o interesse nacional supõe-se ser único; o interesse das empresas, não.

Esse “nacionalismo econômico” – ou essa unidade de atuação – aplicado às empresas não parece ser conveniente. Vale lembrar que foi sob lógica semelhante que Hitler conseguiu atrair empresários alemães para, em seguida, fulminar economicamente grande parte dessa elite financeira. Veja-se, nesse sentido, a lição de Márcio Tadeu Guimarães Nunes:

“E isso se deu com o manejo de exigências infralegais que partiam da idéia de deveres positivos para as empresas (ungidas pelo conceito de função social)”¹²¹.

Ivan Martins, em sua obra *Hitler 50 anos depois*¹²², revela com clareza aquela realidade:

“O Estado, antes paternal, tornou-se o eixo de uma economia de guerra movida a terror; com total desprezo pela eficiência e a lógica de mercado. Nesse cenário, os empresários pagaram caro pelos serviços de Hitler: Os nazistas montaram uma **máquina de controle estatal que transformou as empresas em repartições do governo** e vacas leiteiras do partido. Os pequenos empreendedores, um dos alicerces do nazismo, foram esmagados em benefício de um grande capital. Um decreto de outubro de 1937 simplesmente dissolveu as empresas com capital inferior a US\$ 40 mil e proibiu o estabelecimento de novas firmas com menos de US\$ 2 milhões em capital. Apelar à justiça era inútil. ‘A lei era a vontade do Führer’, dizia-se. Se o ditador ou seus acólitos achassem que as sentenças dos tribunais eram brandas ou equivocadas, podiam intervir ‘sem piedade’.

¹²¹ NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 293.

¹²² In: NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 293.

Falar em interesse econômico nacional me parece bem pior do que falar em interesse social. Embora ambas as expressões sejam utilizadas na prática como janelas para a arbitrariedade, esta última, ao menos literalmente é mais legítima. Por mais que o sentido dado a esta última não seja o de real interesse dos indivíduos, do povo, sua consideração não implica tanto a noção de interesse do Estado. O termo interesse econômico nacional não é novo na realidade brasileira. Durante anos da história brasileira o nacionalismo econômico foi responsável pelo crescimento do protecionismo e defesa de idéias contra investimentos estrangeiros.

A realidade atual brasileira, especialmente a ligada às empresas, que vêm nos últimos anos recebendo altos níveis de investimento estrangeiro, faz com que o passado perca importância, fuja da lembrança de todos. Mas foi do nacionalismo econômico que nasceram e se mantiveram vivas durante muitos anos na realidade do País idéias como a do confisco, de expropriação do capital estrangeiro, calote da dívida externa.

Em nome do nacionalismo econômico, também foram criados um sem-número de programas, bancos e empresas em prol do desenvolvimento “regional” de partes do País; programas estes que acabaram não só se demonstrando inviáveis diante de seu custo, como serviram como forma de corrupção e apropriação indevida do dinheiro público.

O interesse econômico nacional não pode ter o poder de determinar a atuação das empresas, seja de que maneira for. Isso é ignorar por completo a realidade de mercado. Empresas são modos de organização para diminuição de custos de transação. Se altos custos de transação forem impostos a elas, seja por meio do controle de produção, do tipo de produto ou por tarifação, simplesmente deixarão de existir. A consequência, em

termos econômicos, é a mesma que se tem quando se flexibiliza a propriedade: isso cria desestímulo à atividade.

Esse pensamento ignora não só a lógica de mercado como também a história do País. E pior, geralmente é acompanhado de um discurso intervencionista sobre a empresa, que prevê, entre outras coisas, que ela, por ser de grande importância, merece ser protegida, conservada. Nesses casos as consequências são ainda mais devastadoras, pois a ineficiência é assegurada e mantida.

Por esses motivos, o interesse econômico nacional não há de se sobrepor sobre qualquer outro na empresa privada, jamais. O verdadeiro interesse econômico, que não é necessariamente nacional, é o dos consumidores dos produtos das empresas em ter empresas eficientes que sejam capazes de satisfazer suas demandas, através da produção de bens e serviços de qualidade e a baixos custos.

A busca pelo bem estar social passa pelo atendimento das demandas das pessoas, o que somente será possível com desenvolvimento econômico e de mercado. Para isso, nada melhor que a ampla interação entre as economias dos países, processo esse que vem acentuando-se sobremaneira com a globalização. Ater-se ao interesse econômico “nacional”, esse sim, é um verdadeiro desrespeito à dignidade da pessoa humana. A menos que a Constituição esteja se referindo à “dignidade da pessoa humana brasileira”, o que cremos não ser a interpretação mais apropriada.

O ser humano, seja qual for sua nacionalidade, deve ter, ao menos em tese, o direito de ter acesso aos mercados. Não bastassem as dificuldades econômicas que alguns países já sofrem, quer-se agora que se privilegiem os interesses econômicos nacionais. Ora, o homem não é biologicamente identificável com um país; este é uma abstração. Se

restrições de mercado, tais como as que pregam um interesse econômico nacional fossem coisas boas, os países não a fariam quando entram em guerra uns com os outros. Ao contrário, buscariam quebrar as indústrias do país adversário inundando-o com seus produtos de boa qualidade e baixo preço. Sem dúvida isso não seria medida prudente ou estratégica em se tratando de uma guerra.

5.1.2 – Interesses dos trabalhadores

A defesa dos interesses dos trabalhadores é uma das mais fortes dentro do ativismo *stakeholder*. Embora sejam bastante mencionados na doutrina, pouco se trata dos tais interesses sob a forma prática.

Definir os interesses dos trabalhadores não é fácil. Problemas na determinação desses interesses mostram a dificuldade da harmonização dos interesses da empresa.

Sustenta-se que as normas relativas à função social da empresa não possuem natureza programática ou simplesmente indicadora de critérios interpretativos. Há quem sustente se tratarem de regras auto-executáveis, com nítido caráter imperativo, pois impõem ao controlador certo comportamento.

Com relação aos interesses do trabalhador, Borba exemplifica que tipos de obrigações são impostas ao controlador. Tome-se o caso da dispensa de um empregado. Para Borba, o empregado representa um dos interesses fundamentais a que se destina a sociedade anônima, logo “nenhuma dispensa poderá se processar sem que haja uma causa legítima”. Legítimas seriam não apenas as hipóteses de justa causa de que cuida a legislação trabalhista, como situações outras em que a despedida é necessária como forma de preservação da sociedade.

E continua o autor sob os seguintes argumentos:

“Jamais, no entanto, poderá o interesse do empregado ser sacrificado sob o argumento de que a redução do quadro **aumentará o lucro, ou como processo de substituição de empregado antigo** – de remuneração mais elevada – por empregado novo – de remuneração mais baixa.

Práticas dessa natureza correspondem ao **sacrifício do trabalho em proveito do capital** e, como tal, conflitam com o já referido art. 116, parágrafo único, que colocou capital, trabalho e comunidade em posição de equilíbrio”¹²³ (grifamos).

Não nos parece que a redação do artigo 116 seja auto-executável da maneira como exposto pelo autor.

Em primeiro lugar, confunde-se o cumprimento da função social com o cumprimento da própria lei. A função social da empresa, considerando-se que possui conteúdo próprio, não pode significar simplesmente cumprir outras leis. Não pode haver uma lei que signifique que “o empresário deva cumprir as leis trabalhistas”, pois as leis já te que ser cumpridas por si só.

Em segundo lugar, a lógica do autor propõe interferência sobre a livre iniciativa absolutamente inconstitucional. Restringir a possibilidade de dispensa de empregados à ocorrência de justa causa é coisa que nem mesmo a legislação trabalhista, extremamente protetiva que é, faz. A legislação trabalhista apenas assegura ao trabalhador direitos especiais caso não haja justa causa. Mas isso não significa, em qualquer hipótese, que o empregador não possa dispensar seu empregado sem justa causa. Ocorre que, nesse caso, terá que arcar com as obrigações que lhe são impostas pela legislação trabalhista.

¹²³ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.136.

Em terceiro lugar, as idéias do autor são contraditórias e desconsideram totalmente a lógica de mercado. Para ele, a dispensa só poderá dar-se em situações de retração do mercado, que imponham à sociedade a necessidade de redução de seu quadro de pessoal.

Ora, a estruturação de maior ou menor organização para o exercício da empresa é ato que, como vimos em Coase, depende de forças tais como custos de transação, de estabelecimento de uma nova atividade, de monitoração dos empregados, etc. Quando um empresário toma a atitude de estabelecer uma organização está crendo que realizar aquela atividade será menos custoso do que obter o bem ou serviço no mercado. Isso implica uma realidade bastante ágil por parte das empresas, que a todo tempo têm que reajustar seu modo de operação, seja adicionando novas atividades, seja terceirizando via mercado as atividades por ela desenvolvidas que se mostraram ineficientes. A terceirização de determinada atividade significa apenas que ao invés de organizar a atividade o empresário irá obter o que precisa no mercado – provavelmente em outra organização. Note-se que a atividade, no caso da terceirização, continua a existir e a ser desenvolvida por alguém. Substitui-se apenas a ineficiência pela eficiência. A redução de custos na ineficiência da atividade anteriormente desenvolvida pela empresa significara maior disponibilidade de recursos por parte do empresário para a realização de novos investimentos. O dinheiro por ele poupado será gasto em outras coisas tais como na aquisição de produtos, investimento em sua própria empresa, etc.

A “proibição” da realocação de recursos da empresa representa enorme prejudicialidade para os próprios empregados. Volte-se ao exemplo de Borba: Por que o “novo empregado” – mais eficiente – não recebe a tutela da função social da empresa? Ele também não é trabalhador?

A lógica de Borba nos leva a uma situação de imobilidade de recursos humanos entre as empresas. Um empregado esforçado, que deseja prosperar, terá enorme dificuldade de se realocar (melhor) no mercado se a regra da função social da empresa não permite que ele substitua funcionários menos eficientes em outras empresas. O ineficiente, por sua vez, terá um enorme incentivo para assim permanecer, ou seja, desconsiderará a concorrência de outros empregados. O interesse que se estaria privilegiando não seria o dos empregados, mas somente o do ineficiente. Os demais restariam prejudicados. Tal raciocínio representa uma espécie de direito de estabilidade para empregados privados, o que representa uma flagrante inconstitucionalidade diante do direito de livre iniciativa a todos assegurado.

Dizer que a redução de pessoal somente poderá ocorrer em caso de retração do mercado também é outro erro. A redução de pessoal pode ser medida eficiente ainda que não haja retração de mercado. Imagine-se um mercado qualquer no qual é desenvolvida uma tecnologia nova, tal como a do CD em relação à fita magnética. Esse fato pode proporcionar grande crescimento neste mercado. Ainda assim, nem todas as empresas acompanham os avanços tecnológicos da mesma forma ou acertam em seus investimentos. Nesse caso, a empresa que errou pode ter que reduzir seu pessoal, como forma de reduzir seus custos e realocar seus investimentos nas novas e boas tecnologias. Desta forma, embora seu mercado esteja em franca ascensão, a empresa não terá outra escolha senão reduzir seu quadro de funcionários.

Na lição de Coase, vimos que empresa é substituição de muitos contratos por poucos contratos. O que se faz em caso de retração de pessoal nada mais é do que a terceirização para alguém que faça aquilo de forma mais eficiente, de modo que o excedente dessa operação possa ser reinvestido de melhor maneira.

A posição de Borba não é isolada. Muito do que vem sendo pregado em matéria de *stakeholderismo* passa pela exagerada – e suposta – proteção dos empregados. O raciocínio parte da idéia principal de que o papel da empresa é gerar empregos¹²⁴.

Nada mais falso. Essa é uma daquelas idéias que surgem da incapacidade de visualização dos efeitos das mudanças econômicas. É, como já dissemos, “aquilo que não se vê”. Resultado da incapacidade de enxergar a realocação de recursos.

É comum se ver por aí quem defenda, por exemplo, que grande mecanização do trabalho acaba com os empregos e que isso deveria ser combatido. A própria constituição federal possui, em seu artigo 7º, XXVII, previsão de que é direito dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, “a proteção em face da automação, na forma da lei”. Isso serve de base constitucional para as mais bárbaras “defesas” dos trabalhadores.

Esse pensamento não é novo. Frédéric Bastiat, ainda no século XIX, já revelava a incompreensão popular existente sobre a relação do realocação do trabalhador:

“Malditas sejam as máquinas! A cada ano que se passa o seu poder progressivo condena à pobreza milhares de trabalhadores, tirando-lhes o trabalho e, com este, o salário, e com o salário, o pão! Malditas sejam as máquinas!”

Já naquela época Bastiat enxergou que a insatisfação era tola. A indagação do autor infelizmente, após mais de cem anos, permanece bastante atual e merece, por isso, ser reproduzida:

¹²⁴ Nesse sentido TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social da Empresa. In: Revista dos Tribunais, v.810. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 44. abr.2003. Afirma o autor: “Em relação à redução das desigualdades sociais, a empresa deve gerar empregos e procurar movimentar a economia local. Quando não o faz de maneira a atender a essa necessidade social, está descumprindo a sua função social”.

“Pois, em última análise, se esse ponto de vista é bom e verdadeiro, que consequências pode acarretar?

É que não existem atividades que levem ao bem-estar, à riqueza, à felicidade; a não ser para os povos estúpidos, marcados pelo imobilismo mental, aos quais Deus não concedeu o dom funesto do pensar, do observar, do planejar, do inventar, do obter maiores resultados com menores quantidade de meios. Ao contrário, deu-lhes trapos como vestimenta, cabanas miseráveis como moradia. E a pobreza e a estagnação são a herança inevitável de toda nação que busca e acha no ferro, no fogo, no vento, na eletricidade, no magnetismo, nas leis da química e da mecânica — em uma palavra — nas forças da natureza, um complemento para suas próprias forças. E pode-se afirmar, como Rousseau, que ‘todo homem que pensa é um animal depravado’”¹²⁵.

Não tivéssemos inventado a luz elétrica, ainda teríamos os milhares de trabalhadores que acendiam as lamparinas nas ruas das cidades; se não fosse pelas máquinas, teríamos ainda os milhares de trabalhadores manufatureiros que perderam seus empregos. E isso seria bom?

Bastiat ilustra bem o que acontece quando a realocação envolve trabalho. Imagine-se um sujeito tinha dois francos para pagar o trabalho de dois operários. Então ele inventa um meio de, através de cordas e pesos, abreviar o trabalho pela metade. Assim, ele obtém o mesmo resultado, poupa um franco e despede um operário. “Isso é o que se vê”. Disso surgem as afirmações de que “a miséria se segue ao progresso”, “a riqueza de uns aumenta junto com o desemprego de outros”, etc.

Mas há “aquilo que não se vê”: o franco poupado pelo sujeito e os efeitos naturais dessa economia. Tendo em vista que, como consequência de sua invenção, o sujeito só gasta um franco de mão-de-obra ao tentar alcançar uma determinada satisfação, resta-lhe ainda um outro franco. Assim, se por um lado, portanto, existe no mundo um operário que oferece seus braços desocupados, há também no mundo, por outro lado, um capitalista que oferece seu franco desocupado. Esses dois elementos se encontram e se combinam.

¹²⁵ BASTIAT, Frédéric. *Ensaio*. Editado por Alexandre Guasti, trad. Ronaldo Legey; ilustrações de Marcos Pites de Campos. — Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1989.p. 32.

A relação entre a oferta e a procura de trabalho, entre a oferta e a procura de salário, não mudou em nada. O invento e o operário, pago com o primeiro franco correspondem agora ao trabalho que faziam antes dois operários. O segundo operário, pago com o segundo franco, realiza algum novo trabalho. Bastiat conclui:

“O que então mudou no mundo? Há uma satisfação nacional a mais. Em outras palavras: o invento é uma conquista gratuita, um proveito gratuito para a humanidade”¹²⁶.

A mesma lógica de Bastiat se aplica a inúmeros casos atuais sobre realocação de mão-de-obra. Está-se sempre a proteger o efeito que pode ser visto facilmente, o desemprego, sem a reflexão dos benefícios que surgem da mudança, tais como empregos em outro lugar, novos ofícios, produtos de maior qualidade, menor preço para o mercado consumidor, etc.

Muito do que se prega em matéria de *stakeholders* em relação aos direitos do trabalhador segue equivocada lógica de Borba. Há sempre alguém para julgar que a atitude de um empregador foi ruim em relação a seus empregados. Atitudes que atentam contra os direitos dos trabalhadores têm que ser apuradas pela Justiça do Trabalho, a quem compete fazer esse tipo de julgamento, de acordo com as leis do trabalho.

5.1.3 – Interesse da comunidade

A função social da empresa compreende, igualmente, a necessidade de observância dos interesses da comunidade na qual a empresa atua. Afirma-se que a comunidade, por ser afetada direta e indiretamente pela ação da empresa, “merece desta não só a permanência naquele meio social,

¹²⁶ BASTIAT, Frédéric. *Ensaio*. Editado por Alexandre Guasti, trad. Ronaldo Legey; ilustrações de Marcos Pites de Campos. — Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1989.p. 34.

como igualmente a adoção de processos capazes de evitar danos ou prejuízos à população local”¹²⁷.

Quem trata da matéria ressalta reiteradamente que os interesses da comunidade devem ser respeitados, mas não dá exemplos práticos do que isso significa.

Perceba-se, de início, que há certa dificuldade em se estabelecer qual é a comunidade *stakeholder* das empresas. Imagine-se em sociedade tal como a Vale do Rio Doce: quem é a comunidade *stakeholder*? Certamente a maior parte de nós está incluída, assim como muitos estrangeiros. Para facilitar a compreensão do tema, no entanto, partiremos de um caso que envolva uma empresa de pequeno porte.

Um bom exemplo pode ser retirado da expressão “merece a permanência naquele meio social”. Imagine-se uma cidade relativamente distante de outras, cuja comunidade viva quase exclusivamente em função de uma fábrica. As casas e o pequeno comércio que se desenvolveram na cidade decorreram da existência da empresa naquele local. Tudo vai muito bem, até que, após estudos estratégicos para o aumento da receita, se decide que o melhor para a empresa é sair daquela cidade e ir para outra (em razão de questões fiscais, pela melhor infra-estrutura de transporte, pelo menor valor da terra, ou por qualquer outro motivo).

A medida, sem dúvida, seria objeto dos mais fervorosos ataques de organizações não-governamentais locais e associações de moradores. Claro, pois ela visa meramente ao lucro do empresário, em detrimento de toda comunidade que vive na cidade e depende da existência da empresa para sua sobrevivência.

¹²⁷ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.135.

Mas isso não procede. A lógica de realocação é a mesma que ocorre com os empregados. Se a empresa for impedida de alterar sua localização quem será prejudicado?

Os funcionários da empresa que viriam a trabalhar na nova cidade, os comerciantes que lá estão desempregados, os trabalhadores da construção civil, que teriam novas obras para construir, e muitos outros.

Proibir a alteração da empresa é condenar a cidade para onde ela iria ao insucesso, ao fracasso. Supõe-se que a empresa seria mais lucrativa, o que permitiria que aquilo que foi poupado pudesse ser reinvestido em mais investimento na nova cidade (ou na antiga, ou ainda em qualquer outra cidade). Seria possível a existência de uma empresa, por exemplo, mais mecanizada, ou com melhor tecnologia, o que proporcionaria ao mercado consumidor produtos mais baratos e/ou de melhor qualidade.

O enfraquecimento da economia da comunidade que perdeu a empresa seria prejudicial, sem dúvida, assim como o funcionário do exemplo de Bastiat que ficou desempregado. Isso é o que se vê.

O que não se vê é uma empresa mais eficiente, capaz de contratar mais empregados; ou então de contratar menos empregados mas, conseqüentemente, capaz de investir em novas tecnologias; ou então, uma comunidade mais próspera, com pessoas com melhor qualidade devida, enfim, de uma situação melhor.

Não se pode esquecer, por outro lado, a possibilidade de erros. É possível que o empresário erre ao mudar de cidade, o que causará uma perda de eficiência. Ainda assim, ninguém melhor para medir o risco a ser incorrido do que o empresário, pois afinal é seu capital que está em questão.

Somente assim poderá ele aprender como fazer a melhor alocação dos recursos.

5.2 – Responsabilidade Social

Outra vertente da função social da empresa é a necessidade de adoção de medidas ligadas à responsabilidade social por parte das empresas.

Distingue-se na doutrina a responsabilidade social da função social da empresa. A responsabilidade social corresponde a uma etapa maior de conscientização do empresário no que diz respeito aos problemas sociais e ao seu potencial papel na resolução destes. A responsabilidade social decorre de gestos voluntários ou espontâneos do empresário, sem qualquer espécie de imposição legal, enquanto que a função social da empresa incide sobre a empresa de modo cogente. Outra diferença apontada é a de que a função social da empresa se manifesta sobre coisas relacionadas com a atividade da empresa, enquanto que a responsabilidade social abrange atividades outras que não somente as do objeto social¹²⁸.

São exemplos de medidas ligadas à responsabilidade social: (i) a edição de balanços sociais – demonstrações de ações que visem a melhorar condições de empregados, comunidade, meio-ambiente e outros; (ii) a adoção de certificações¹²⁹; e (iii) adoção de melhores práticas de governança corporativa.

As medidas de responsabilidade social costumam ser benéficas tanto para a comunidade, como para trabalhadores, meio-ambiente, consumidores

¹²⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO Bruno Paiva, Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 857, p. 20, mar./2007.

¹²⁹ Cite-se o programa SA8000, concebido pela *Social Accountability International – SAI*, que possibilita às organizações demonstrarem que asseguram meios de condições humanas de trabalho. In: PONCHIROLLI, Osmar. *Ética e Responsabilidade Social Empresarial*. Curitiba: Juruá, 2007. p.84.

e investidores. Tem como consequência, de maneira geral, conquistar o bem estar, especialmente do *stakeholder*. Atos de responsabilidade social são legítimos e queridos, pois partem da voluntariedade de empresários.

Mais recentemente a responsabilidade social tem ganhado relevo e importância. Uma consequência disso é o estabelecimento de relação entre a empresa e a atividade politicamente correta exercida, o que agrega à empresa valor adicional; é o chamado valor da “imagem”.

Muitas empresas, especialmente as de grande porte, vêm buscando o desenvolvimento de ações dessa natureza, especialmente diante da possibilidade de aumento dos lucros em função do valor agregado que essas atividades possuem.

Assim, a responsabilidade social se apresenta como uma espécie de mistura entre a voluntariedade empresarial e a busca de lucro. O resultado dessa atividade já parece surtir efeito entre os consumidores. Como informa Eduardo Tomasevicius, segundo pesquisa feita pelo Instituto Ethos com consumidores brasileiros, 39% entendem que as empresas devem contribuir na construção de uma sociedade mais justa, enquanto 34% entendem que as empresas precisam apenas se concentrar em gerar lucros, empregos e pagar impostos¹³⁰.

Esse efeito resultante das práticas de responsabilidade social de tão benéfico que é, ou que ao menos que aparenta ser, na vida empresarial, ganha especial relevo nas discussões do meio acadêmico e cada vez mais se começa a exigir a adoção de certas práticas.

¹³⁰ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social da Empresa. In: Revista dos Tribunais, v.810. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 47. abr.2003.

No entanto, a exaltação das benesses dos modelos de empresas socialmente responsáveis, ou como chamam alguns empresas “cidadãs”, tem o perverso efeito, diga-se de passagem, condizente com a tradição jurídica brasileira, de causar o surgimento de inúmeras propostas de obrigatoriedade de dessas práticas.

Por esse processo, a voluntariedade, compreendida tanto na solidariedade que move alguns empresários a fazerem tais atos, quanto naqueles que buscam agregar valor a suas marcas, é transformada em obrigatoriedade.

A responsabilidade social passa a ser um fim em si mesmo. O mais importante disso é que muito se fala dos efeitos positivos da responsabilidade social e pouco de seu custo. As propostas impõem as mais diversas obrigações aos empresários, sem qualquer tipo de distinção, tomando por base, geralmente, os efeitos positivos das práticas já realizadas por empresas de grande porte. Por que não positivar todas essas práticas sociais? Não termos um mundo melhor?

Como dissemos, a prática da responsabilidade social agrega valor às empresas. Mas por que isso acontece?

Isso ocorre porque, como visto, as pessoas quando querem algo, estão dispostas empreender um esforço por isso, ou seja, a pagar por isso. É desse valor que começam a surgir práticas dessa natureza. Empresas estão atentas com as preocupações (demanda) geral das pessoas e começam, aos poucos, em um processo lento, a testar quais dessas práticas produzem maior efeito entre seus consumidores. E é claro, quais dessas práticas produzem os efeitos mais queridos por elas próprias – que pode ser o decorrente da valorização da imagem ou não.

A preocupação das pessoas em um mundo que começa a se deparar com problemas de escassez de recursos do meio-ambiente, e capaz de perceber com maior facilidade a existência da miséria nos mais remotos lugares, faz com que elas estejam mais dispostas a pagar para que esses problemas sejam resolvidos. E nisso não há nada de ruim. Pelo contrário, é muitas vezes o reconhecimento de que soluções privadas são muito mais eficientes do que aquelas que, há anos, vem-se tentando obter por meio de atividades estatais, mas sem sucesso.

Assim, aqueles que mais se preocupam com o meio-ambiente, investirão seus recursos no banco “do futuro”, que planta uma árvore a cada novo investimento realizado; os que estão preocupados com a extinção do mico leão dourado, na empresa que possui programas de preservação dessa espécie, e assim por diante.

Esse é o mercado. Empresas exercendo a sua natural função social – veja-se, diferente de qualquer função social estabelecida por lei – buscando satisfazer demandas de consumidores que demandam práticas politicamente corretas e por viver em um mundo melhor. E a valorização dessas práticas está aí justamente para comprovar isso.

O que faz supor, então, aos que defendem a positivação dessas práticas, que ao fazerem-no, terão conseguido algo de bom, se absolutamente todas as práticas de responsabilidade social existentes surgiram de sua prática espontânea por parte das empresas e não por sua instituição através das leis?

Está-se aqui diante de uma proposta que tem como finalidade alcançar a eficiência, mas não a eficiência de mercado, baseada nas livres trocas entre seus agentes, e sim na eficiência dos utilitaristas. Explique-se: a eficiência da prática adotada pelas empresas passa a não mais depender do

retorno que ela proporciona e sim daquilo que legisladores ou juízes determinam como o certo para se alcançar o bem-estar.

Isso nada mais é do que tornar pública uma prática privada bem-sucedida, na ingênua esperança de algum resultado melhor.

Tema estreitamente ligado com as políticas de responsabilidade social é a questão do meio-ambiente.

5.3 – Função Social no Meio-Ambiente

O ponto mais comentado entre os que decorrem da função social da empresa deve ser, provavelmente, o do meio-ambiente. A preocupação do homem com a exploração indiscriminada e a constatação prática da escassez de recursos naturais faz desse tema o mais preocupante da atualidade.

Decorre disso, naturalmente, sempre algum tipo de pressão popular para que empresas sejam compelidas a realizar programas de preservação ambiental, reflorestamento, coleta seletiva de lixo e outras.

Nos últimos anos cresceu enormemente o número de produtos reciclados ou elaborados com tecnologias limpas. Da mesma forma, é visível que parte das grandes empresas brasileiras vem criando algum tipo de programa de marketing social relacionado com questões ambientais.

A preservação do meio-ambiente não está entre os dispositivos da Lei das S.A. que mencionam a função social da empresa. Ainda assim, este é considerado como um elemento integrante do respeito aos direitos das comunidades nas quais empresas atuam.

Questões ambientais, assim como as trabalhistas, são fortemente reguladas pelo Estado. Para o exercício da empresa são necessárias diversas licenças, autorizações e estudos. É preciso, para que haja qualquer tipo de exigência nesse sentido, da expressa previsão legal da obrigação do empresário. Não é possível admitir que a autoridade possa requerer do particular aquilo que bem entender simplesmente em nome da função social da empresa.

Quanto a esse aspecto ambiental, existe um ponto é merecedor de destaque. É o da importância da propriedade privada como forma de autolimitação da exploração dos recursos escassos.

O primeiro aspecto foi aqui apresentado quando exposta a paródia da tragédia das comunidades. A instituição de propriedade privada sobre os peixes do lago teve o condão de internalizar nos custos privados o custo social decorrente do aumento da demanda de peixes por parte das comunidades. Através do acordo institucional realizado pelas comunidades conseguiu-se estabelecer a autolimitação destas em relação à exploração de peixes.

Procedimento semelhante vem sendo adotado em matéria ambiental. Cite-se, nesse sentido, o Protocolo de Kyoto, tratado internacional pelo qual diversos países se comprometeram a reduzir as emissões de gases poluentes. O protocolo nada mais é do que um acordo institucional que institui a “propriedade privada” sobre a poluição, ou melhor, sobre o direito de poluir. O direito de poluir, por óbvio, possui valor, pois para produzir é preciso poluir em algum nível.

O mecanismo prevê reduções certificadas de emissões de gases poluentes. Isso significa que, através da adoção de certos procedimentos de

redução de emissão de CO₂, é possível obter um certificado correspondente ao que se deixou de poluir, em relação ao que se poluía.

Esses certificados podem ser negociados em mercados. Tendo em vista que o mecanismo limita a possibilidade de poluir e que alguns países têm maiores necessidades de produzir em função das demandas de seus mercados, é possível adquirir esses certificados para poder poluir mais, ou seja, produzir mais.

Assim, através da adoção do mecanismo, quem quer poluir mais terá que pagar mais e quem poluir menos terá um ganho com isso. A poluição torna-se negociável e o resultado disso é a melhor alocação de recursos escassos (direito de poluir) entre os participantes do mercado, juntamente com o benefício ambiental da redução de emissão de gases.

A instituição de propriedade privada pode ser feita em relação a diversos outros recursos naturais, mediante acordos institucionais dessa natureza. A dificuldade deste sistema é a efetividade das reduções. Ou seja, é preciso que os participantes garantam modos efetivos de repressão para que não haja o descumprimento das metas estabelecidas pelo acordo.

Esse é um exemplo prático em que fica clara a eficiência de um mecanismo por meio do qual se transfere propriedade (direito de poluir), através de contratos efetuados em mercados organizados.

CONCLUSÃO

Vivemos em tempo de progressivas alterações da realidade: muda-se cada vez mais o ambiente em menor espaço de tempo. Na busca pelo bem-estar o homem, indivíduo racional que é, emprega seu esforço na modificação daquilo que lhe é disponível na natureza, a fim conseguir o que necessita.

A força motriz desse processo é o interesse próprio, a vontade de conseguir alguma coisa. O conjunto desses interesses forma uma realidade complexa na qual muitos deles se conflitam ao interagirem sobre bens escassos. Esse contexto de permanente conflito, como se viu neste trabalho, gera basicamente dois problemas: (i) desincentivo para o emprego do próprio esforço, tendo em vista a incerteza do resultado; e (ii) a exploração irrestrita sobre bens escassos, o que causa má utilização dos recursos, devido ao descompasso entre o custo social e o custo privado de sua utilização. Isso naturalmente cria um problema na eficiência da alteração da realidade e, conseqüentemente, na obtenção do que se precisa.

Da necessidade de evitar os conflitos de interesses e incentivar a boa utilização dos recursos surgiu o sistema da propriedade privada; e também o sistema que permite sua transferência entre as pessoas – o dos contratos. Propriedade e contratos formam a estrutura de sustentação do mercado, isto é, são fundamentais para a existência de um ambiente de interação pacífica dos indivíduos, por meio do qual estes possam realizar a troca de suas experiências. O mercado tem especial relevância para permitir, através das reiteradas trocas entre os agentes, que se consiga uma melhor alocação de recursos. Esse processo de constante troca envolve, assim como qualquer outro tipo de aprendizado, a necessária ocorrência de erros e acertos.

Para a realização de suas atividades os indivíduos optam, certas vezes, pela utilização de estruturas de organização: as empresas. O que os leva a assim agir é, primordialmente, a possibilidade de substituição de muitos contratos de curto-prazo por poucos de longo-prazo, o que pode reduzir o custo de transação para a obtenção daquilo de que precisam. Os indivíduos se estruturam de maneira organizada tanto mais necessário se faça o aumento da organização para que os custos possam sejam reduzidos. Quando a adoção de maior organização representa, ao fim, o aumento dos custos, esta simplesmente não ocorre, e aquilo que seria obtido pelo exercício da atividade organizada é adquirido através do mercado. As empresas têm, assim, uma importante função: a redução dos custos de transação e, conseqüentemente, a facilitação da obtenção daquilo de que as pessoas precisam.

A existência da organização implica, também, algumas conseqüências. Em primeiro lugar, provoca o alinhamento de interesses entre indivíduos que desejam investir seus recursos ou desenvolver atividades em comum. Em segundo, faz com que haja a contratação de trabalhadores para a realização da atividade, unindo a disponibilidade de capital com a mão-de-obra disponível. Em terceiro, estimula o desenvolvimento regional, favorecendo direta e indiretamente a expansão econômica de comunidades em que atua. As decisões empresariais envolvem a produção de efeitos bastante perceptíveis, especialmente com relação àquelas tomadas por grandes sociedades, as quais são capazes, por isso, de alterar de maneira significativa a realidade, afetando trabalhadores, comunidades, meio-ambiente etc.

Diante dessa importância e relevância da empresa, diz-se que ela possui função social, assim como a propriedade e os contratos, embora não haja disposição legal expressa (exceto quanto às sociedades anônimas).

Viu-se que a função social, seja a da propriedade, seja a dos contratos, seja a da empresa, é uma só. Sua lógica é a de que devido à importância do instituto sobre o qual atua esse deve ser submetido ao interesse público. No entanto, a abertura que possui a cláusula geral da função social permite que juízes tomem as decisões de acordo com suas próprias convicções ideológicas, definindo a cada caso o que é interesse público sem qualquer tipo de parâmetro objetivo. Se essas decisões, de um lado, se fundam em uma vontade de fazer justiça, por outro representam enorme perigo para todo sistema jurídico, pois o fim pode até ser bom, mas os meios não são os mais apropriados.

Some-se a isso o fato de a função social está repleta de conteúdo ideológico. Em sua origem, foi extensamente utilizada por governos fascistas e ditatoriais como modo de flexibilização da propriedade e das empresas. Essa realidade se mostra ainda mais evidente pela constatação, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, de que se pretende utilizar o instituto como uma forma de promoção da justiça social, ainda que para alcançá-la, seja necessário o descumprimento de leis.

Ocorre que o meio empresarial depende, mais do que qualquer outro, de segurança jurídica. O empresário utiliza como critério decisório dois fatores: o risco e o retorno do capital investido; fatores estes já suficientemente complexos para a realização da atividade. Ao utilizar-se da função social, o judiciário inclui mais um fator: a insegurança jurídica; esta é mais delicada do que o risco, pois este, por maior que seja, ao menos calculável, enquanto que aquela – a insegurança – é absolutamente imprevisível, pois está submetida a um interesse público, totalmente subjetivo. Sem confiança, os custos de transação aumentam significativamente e empresários passam a exigir um retorno infinitamente maior, o que acaba por gerar enorme ineficiência em todo o sistema e faz com que a sociedade, em certa parte, perca sua razão principal de ser.

Infelizmente, na maioria esmagadora das vezes as soluções jurídicas para os problemas não envolvem questões mercadológicas; ao contrário, desconsideram sua função e importância, assim como o fazem em relação à propriedade e ao contrato. Os indivíduos que desejam algo, estão sempre dispostos a empreender um esforço para conseguir o que querem, isto é, estão dispostos a investirem naquilo. O interesse público deve ser, pois, especialmente aquele que se manifesta via mercado, através do conjunto desses interesses individuais. Este, sem dúvida, deve ser levado em consideração na tomada de quaisquer decisões.

Empresas, além de servirem como importantes redutoras de custos de transação, têm especial papel na realização de atividades que visam o bem-estar geral. Muitas das atitudes queridas pelas pessoas – que não somente os produtos e serviços das empresas, mas também as relacionadas com questões ambientais, responsabilidade social etc. – se manifestam no valor ao produto ou à imagem de sociedades empresariais que realizam tais atividades. Essas sociedades, por sua vez, estão a todo tempo tentando interpretar as informações formadas pelo mercado, a fim de entender a real demanda dos consumidores.

Essa é a importância do mercado e a real função social das empresas. Atuando, empresas exercem naturalmente a sua natural função social – diferente de qualquer função social estabelecida por lei – **buscando satisfazer demandas de consumidores, seja através do consumo de seus bens e serviços, seja através de práticas politicamente corretas.**

O que causa o bem-estar das pessoas, em geral, **é a busca pelo próprio interesse que promove o empresário e não a sua benevolência.**

Diante das dificuldades inerentes à existência humana, há a todo tempo a tentativa de consertar, de qualquer maneira, os “problemas” existentes. Ora são governos-solução, ora leis reparadoras. O judiciário brasileiro é nova tentativa: sob os mais genéricos pretextos, são utilizadas expressões legais vagas para, através do explícito descumprimento das leis, governar.

Não adianta a lei transformar a benevolência em obrigação, ou imputar enormes custos para a atividade empresarial, achando que com isso irá promover justiça social.

Essa ingenuidade pode ser, e geralmente é, bastante perigosa.

BIBLIOGRAFIA

ACCIOLY, João Carlos de Andrade Uzêda. Brasil: A Caminho da Servidão. Texto premiado pelo Instituto Liberal em 2005, no II Prêmio Donald Stewart, Jr. Disponível em www.institutomillennium.org/upload/leitura/joaoaccioly.pdf.. Acesso em 30 mai. 2008

ANJOS FILHO, Robério Nunes. *A Função Social da Propriedade na Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/agrario/roberio-a_funcao_social.pdf. Acesso em: 30 mai. 2008.

BASTIAT, Frédéric. *A Lei*. trad. Ronaldo da Silva Legey. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1991. 72 p.

_____. *Ensaio*. Editado por Alexandre Guasti, trad. Ronaldo Legey; ilustrações de Marcos Pites de Campos. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1989. 97 p.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, 160 p.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 603 p.

_____. Parecer (encomendado pelo Registro Civil das Pessoas Jurídicas do Rio de Janeiro). Disponível em <http://www.rcpj-rj.com.br/Conteudo.aspx?id=54>. Acesso em 02 jun. 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *A Distinção Estrutural entre Princípios e Regras e sua Importância para a Dogmática Jurídica* – respostas às objeções de Humberto Ávila ao modelo de Robert Alexy. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, 2000. n. 12 out./dez. 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2006. 165 p.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei das sociedades anônimas, v.2, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 912.

CD-ROM: “Dicionário Aurélio Eletrônico – Século XXI”.

COASE, Ronald H. *The Nature of the Firm*. Disponível em <<http://www.cerna.ensmp.fr/Enseignement/CoursEcoIndus/SupportsdeCours/COASE.pdf>>. Acesso 30 mai. 2008.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. v.2. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 513 p.

COMPARATO, Fabio Konder. Estado, Empresa e Função Social. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.732. p.38-46 out. 1996.

_____. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. In: Revista de Direito Mercantil. São Paulo: Malheiros. nº 63. p. 71-79. jul./set. 1976.

_____. Fabio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005. 597p.

EIZIRIK, Nelson Laks; GAAL, Ariadna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de Capitais: regime jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 624 p.

Exposição de motivos do NCC (1975).

FRAGOSO, Daniella Reali. *Sociedades por Ações: Constituição*. São Paulo: Atlas, 2008. 169 p.

FRANCO, Gustavo. *Os limites da teoria de imprevisão: o “revisionismo” fora do lugar debilita o ambiente contratual brasileiro*. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.35, p. 311-342.

FRIEDMAN, Milton. The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits. *The New York Times Magazine*, 13. Sep., 1970.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005. 379 p.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO Bruno Paiva, Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 857, p. 11-28 mar./2007.

Jornadas de Direito Civil:Enunciados aprovados. Disponível em <<http://www.jf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>>. Acesso em 30 mai. 08.

LAMY, Alfredo. A Função Social da Empresa. Revista de Direito Administrativo, nº 190. Rio de Janeiro: Renovar. p. 54-60. out./dez. 1992.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *O Direito Privado como um "sistema em construção"*: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. Disponível em: <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>>. Acesso em 25 mai. 2008.

_____. Notas sobre o Princípio da Função Social dos contratos. Reale advogados. 2005. Disponível em: <www.realeadvogados.com.br> Acesso em: 10 mai. 2008.

MATTEI, Ugo. Desenvolvimentos Institucionais do Direito de Propriedade. Revista Trimestral de Direito Civil. São Paulo: Padma, 2000. v.6, p 99-128. abr./jun.2001

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1040 p.

MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. Desmistificando a função social da propriedade com base na constituição federal e legislação infraconstitucional. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 860, p.91-136. jun./2007.

MISES, Ludwig von. *As Seis Lições*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1998. 98 p.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. 454 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Reformulação da Ordem Jurídica e Outros Temas. Editora Forense, 1980. 241 p.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. 553 p.

PONCHIROLLI, Osmar. Ética e Responsabilidade Social Empresarial. Curitiba: Juruá, 2007. 152 p.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Little. Brown and Company. Fourth Edition. Boston: 1992, 722 p.

REALE, Miguel. *A Função Social da Família no Código Civil*. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoc.htm>. Acessado em 30

mai. 2008.

_____. Código Civil: Diretrizes na Elaboração do Anteprojeto. Artigo publicado no *Jornal Estado de São Paulo* em 19 ago. 2001.

_____, Miguel. Função Social do Contrato. Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em 30. mai. 2008

ROSENFELD, Denis Lerer. *Reflexões sobre o direito à propriedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. 207 p.

ROTHBARD, Murray N. *The Fortune Encyclopedia of Economics*. Disponível em <www.mises.org>. Acesso em 30 mai.2008

SANTOS, Eduardo Sens dos. *O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais: Exame da Função Social do Contrato*. Revista Forense, v. 364, p. 83-102. nov./dez. 2002.

SANTOS, Luiz Fernando de Freitas. A tipicidade no direito administrativo sancionador: Balalada de la Justiça y la Ley. In: OSÓRIO, Fábio Medina (Org.). *Direito Sancionador: Sistema Financeiro Nacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 255-280.

SCHOOLS HISTORY. The Seeds of Evil: The Rise of Hitler. Disponível em <http://www.schoolshistory.org.uk/ASLevel_History/weimarconstitution.htm>. Acesso em 30 jun. 2008

SCHREIBER, Anderson. Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma. vol. 6. p.159-183. abr./jun.2002

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, 752 p.

SMITH, A.. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. Nova York: Prometheus Books, 1991. 590 p.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO Daniel,. *A constitucionalização do direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 1008 p.

SZTAJN, Rachel. Função Social do Contrato e Direito de Empresa. Revista de Direito Mercantil. São Paulo: Malheiros. p..29-49. set./out./2002.

_____. Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004. 225 p.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. In: *A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 15 - 33.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro: v. 9, n. 35, 2006, p. 15-48.

TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado de crédito. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v.33. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 15-31. jul./set.2003.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social da Empresa. In: *Revista dos Tribunais*, v.810. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 33-50. abr.2003

_____, Eduardo. A função Social do contrato: conceito e critérios de aplicação. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.33.50. abr.03.

TUCKER, Jeffrey A. *Quão Livre é o Livre Mercado?*. Disponível em: <www.mises.org.br>. Acesso em 25 de maio 2008.

VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei: uma introdução*. Trad. Francisco J. Beralli. –Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994. 121 p.

WALD, Arnoldo. Parecer (encomendado pelo Registro Civil das Pessoas Jurídicas do Rio de Janeiro). Disponível em <http://www.rcpj-rj.com.br/Conteudo.aspx?id=68>. Acessado em 02.06.08.