

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO EMPRESARIAL II

ISABEL CHRISTINE SILVA DE GREGORI

VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS KNOERR

ALEXANDRE BUENO CATEB

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito empresarial II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Isabel Christine Silva De Gregori, Viviane Coêlho de Séllos Knoerr, Alexandre Bueno Cateb – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-102-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Empresas – Legislação. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

DIREITO EMPRESARIAL II

Apresentação

O GT DIREITO EMPRESARIAL II contou com 28 artigos muito bem elaborados por pesquisadores de todo o Brasil. Com satisfação, pudemos participar de debates acalorados entre os participantes. A opinião corrente é a de que o Direito Empresarial não pode ser analisado como um ramo de proteção de classes, mas como um mecanismo de crescimento e desenvolvimento econômico.

Preocupados com os rumos recentes pelos quais vem passando o país, em que a crise política se soma à recessão que perdura por mais de um ano, os participantes foram uníssomos em afirmar a necessidade de se garantir à classe empresarial, por meio de instituições fortes e seguras, meios para incentivar o investimento no setor produtivo brasileiro.

A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E O DIREITO AO LUCRO À LUZ DA PÓS-MODERNIDADE

THE FUNCTION SOCIAL OF THE COMPANY AND THE RIGHT TO PROFIT IN THE LIGHT OF POST-MODERNITY.

Camila Fernandes Santos Teixeira

Resumo

Considerando que o Direito é uma realidade sistêmica e valorativa, a questão da função social da empresa e de seu direito de lucro assumem um papel relevante na promoção da convergência entre direito público e privado, considerando um enfoque pós-moderno. Nesse sentido, o presente trabalho irá analisar a Ordem Econômica Brasileira, demonstrando que a mesma possui um caráter solidário e ético em sua formação. Verificaremos assim que a cláusula geral da função social da empresa é de extrema importância para o desenvolvimento social, já que é uma forma de evitar injustiças advindas daquele que detém maior poder econômico. Em contrapartida, será analisado o direito de lucro da empresa, demonstrando que o mesmo é o principal foco da atividade empresarial e do sistema capitalista e a função social não tem o condão de dizimá-lo, mas sim de incentivá-lo de uma forma que tanto o empresário, quanto a coletividade em que o mesmo se insere, ganhe com o crescimento do lucro da empresa.

Palavras-chave: Função social da empresa, Direito de lucro, Pós-modernidade

Abstract/Resumen/Résumé

Whereas the law is a systematic and evaluative reality, the question of the social function of the company and their right to profit play a significant role in promoting convergence between public and private law, considering a postmodern approach. In this sense, this paper will examine the Brazilian Economic Order, demonstrating that it has a supportive and ethical in their training. We will check how the general clause of the company's social function is extremely important for social development, since it is a way to avoid injustices arising from that which has increased market power. In contrast, the right to the company's profit will be analyzed, demonstrating that it is the main focus of business activity and the capitalist system and the social function does not have the power to decimate it, but to encourage you in a way that both the entrepreneur, as the community in which it is inserted, get with the growth of the company's profit.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social function of the company, Law of profit, Post-modernity

INTRODUÇÃO

O Direito é uma ciência social aplicada, e, sendo assim, acompanha todos os acontecimentos latentes em nosso seio social, o processo legislativo contemporâneo não considera que o conteúdo das leis esgota-se no universo jurídico, pois o sistema jurídico atual é um sistema aberto, que permite o diálogo do Direito com outras áreas do saber humano.

Sabe-se que vivemos em um Estado Democrático de Direito, caracterizado por ser um Estado do Bem Estar Social, que não visa uma igualdade financeira para todos, mas um bem-estar para todos, ou seja, uma existência digna, sendo assim, cada cidadão deve visar uma qualidade de vida própria, sem que prejudique o próximo.

O Direito Empresarial é um ramo de direito que possui um caráter privado, porém, com o Estado do Bem Estar Social e a grande convergência entre direito público e privado, sofre fortes influências do Direito Constitucional, posto que este é hoje o centro de todas as relações jurídicas, por isso fala-se em constitucionalização do direito privado.

Então, se pensarmos que o Direito Empresarial trata basicamente do direito de empresa, e que o objetivo precípuo dela é o lucro, poderíamos pensar que não é possível conciliar o instituto da função social da empresa com o do direito ao lucro.

Diante dessa realidade e da dificuldade de encontrar uma similitude entre esses institutos, o presente trabalho pretende demonstrar como haverá a conciliação desses dois conceitos jurídicos. Assim, no primeiro tópico falaremos a respeito da Ordem Econômica, demonstrando que a mesma é Constitucional, no segundo tópico exploraremos o princípio da função social juntamente com os aspectos da pós-modernidade, e no terceiro tópico, por fim, analisaremos o diálogo entre os institutos em questão.

Para o desenvolvimento da pesquisa, será utilizado o método dedutivo e a análise de bibliografias.

1. A ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA BRASILEIRA

Quando se fala em Estado de Direito, podemos vislumbrar o Estado Liberal e o Estado Social. O Estado liberal era aquele que defendia o indivíduo em si mesmo, defendendo a

plena liberdade, sendo que o Estado interviria apenas se fosse necessário, ocorria, então, a intervenção mínima. Neste sentido:

Como vemos, o Estado de direito (ou Estado constitucional) nasce como Estado liberal: abstencionista, neutro ou de mínima intervenção (inclusive legislativa), de modo a deixar para a sociedade, formada pela soma de indivíduos moral e economicamente competentes, a definição e realização de seu projeto de sucesso ou de felicidade. Há uma nítida cisão entre esfera pública e esfera privada que é normativa e teoricamente valorizada. Propunha-se, como ideologia, a ser mais do que uma forma oca de “governo das leis” (sua acepção funcional por oposição ao “governo dos homens”), a que pouco importava quem as ditasse ou o seu conteúdo de justiça (sua acepção formal como reino da lei geral e abstrata). Ao contrário, cultuava-se a ideia, ainda que sob a fórmula de “um conceito essencialmente contestado”, de um governo justo, fundado sobre três eixos ou pilares: a legalidade, a separação dos poderes e os direitos individuais (SAMPAIO, 2013, p. 63).

Os institutos da autonomia da vontade e o direito de propriedade eram bastantes para esse ordenamento. No Estado liberal, o contrato era o centro do ordenamento jurídico, já que os indivíduos faziam o que queriam com o seu capital, sem que houvesse regulamentação estatal, este processo foi muito importante para o crescimento e desenvolvimento do Direito Contratual, nesse sentido:

É essa plena liberdade, com mínimas restrições, que era preconizada pela doutrina econômica do liberalismo, no final do século XIII e no século XIX. Tanto que estatuiu a máxima de que, no campo do direito privado, tudo que não é proibido é permitido (FIUZA, 2014, p. 250).

O Estado liberal, porém, demonstrou uma certa deficiência, visto que os valores individualistas, incentivavam uma faceta egoísta dos indivíduos, assim, foram se formando relações desequilibradas, pois a mínima intervenção estatal gerava uma concentração de riquezas e de mercado. Assim, vislumbrava-se um Estado que apenas “defendia” os interesses dos mais ricos e por serem detentores de uma maior renda, acabavam tomando o poder para si.

Com isso, a partir do século XX, diante das constantes situações de abuso econômico, advindo dos detentores de maior renda, surge uma nova demanda social, em que o Estado

deveria intervir em determinados campos, para que fosse garantida a Justiça Social. Sendo assim:

Como resposta a essa necessidade, a Constituição de Weimar em 1919, instaura a ideia de função social da propriedade e a partir dela, outras Constituições também instituíram um capítulo sobre a ordem econômica, criando daí para adiante a concepção, segundo a qual, a regência da ordem econômica passou a ser uma questão de Estado. (NEVES, 2012, p. 15)

O Estado Social de Direito é também chamado de “Estado de Providência” ou “Estado do Bem-Estar Social (welfare state), este novo modelo incentiva uma maior intervenção estatal com o fito de promover os direitos sociais econômicos e culturais de uma forma mais democrática, já que com o Estado Liberal, a liberdade era apenas para aqueles que detinham maior poder econômico. Claras são as palavras de José Adércio Leite Sampaio, a respeito do assunto:

Os direitos liberais eram multiplicados ou especializados, exceto a propriedade, que passou a ser funcionalizada: havia de cumprir sua utilidade ou função social, sob pena de desapropriação, notadamente para fins de redistribuição da terra. Ao mesmo tempo, a soberania popular era redefinida, de modo que, progressivamente, passou a exigir a universalidade do voto. Esse processo não foi, todavia, retilíneo. A proclamação dos direitos sociais, econômicos e culturais se fizera acompanhar ou suceder, no caso europeu e brasileiro, de uma onda política de totalitarismo, inclusive classista, e de supressão das conquistas democráticas, o que, para muitos teóricos liberais, era o custo do intervencionismo estatal e de negação do próprio Estado de direito. Em síntese, para eles, Estado de direito (Estado de abstenção) e Estado social (Estado de intervenção) eram conceitos inconciliáveis. (SAMPAIO, 2013, p. 66).

No Estado Social, existe a instituição de limites à vontade individual, não há que se falar em liberdade sem condicionantes, já que os atos individuais só fazem sentido se respeitarem o bem estar da sociedade, neste diapasão:

O nascimento do Estado Social traz a preocupação do Estado com o bem comum, de modo que não mais havia espaço para uma autonomia

da vontade livre e quase ilimitada, que em nada se coadunava aos fins do bem comum, almejado como prioridade por esse modelo político.

O conteúdo das relações jurídicas passa a receber a marca firme das premissas estabelecidas pelo ordenamento, ganhando evidência a importância do princípio da boa-fé objetiva, para que o conteúdo resultante do contrato seja válido e possa produzir efeitos. Sem dúvida a boa-fé passa a atingir o conteúdo relacional em aspectos mais diversificados, que se radicam na dinâmica da relação jurídica.

A igualdade substancial, que se volta à comutatividade contratual e à distribuição equitativa de ônus e riscos, é fixada como exigência do próprio regime jurídico atual.

Consagram-se, assim, os paradigmas do tratamento paritário e do equilíbrio econômico, este entendido não somente enquanto distribuição equitativa de ônus, riscos e benefícios, mas também como a proscrição do comportamento economicamente abusivo, ainda que em contrato não comutativo (FIUZA, 2014, p. 250-251).

Diante deste breve histórico, podemos avançar para a realidade presente no Brasil, em que existe uma verdadeira constitucionalização da Economia, que pode ser constatada no artigo 170, *caput*, da CF/88:

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

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

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.

Em relação aos princípios da Ordem econômica, temos que a soberania nacional é fundamento da República Federativa do Brasil, conforme lição do artigo 1º da CR, e no que tange ao seu viés econômico, o mesmo visa proteger o mercado nacional da influência estrangeira, posto que o presente princípio também garante a independência nacional, valendo lembrar que não há uma proibição de entrada de capital estrangeiro, mas sim uma proteção à economia nacional.

A propriedade privada, além de ser um direito garantido pelo artigo 5º da C.R., também é um princípio da ordem econômica brasileira, sendo que no gozo de seu direito, o indivíduo deverá sempre observar a sua função social, já que em um Estado Social, não há que se falar em indivíduo como o último fim do Estado, mas sim em uma sociedade formada por indivíduos que devem sim usufruir de seus bens, mas sempre se atentando ao mundo em que o mesmo se insere. Para expressar a importância deste instituto para nosso ordenamento:

A propriedade é a instituição central da civilização, não só por constituir o conjunto básico de valores- uma mentalidade, como diz Grossi – com que se orientam e pautam pessoas e coisas, mas também por determinar e materializar a estrutura com que historicamente se regem e reproduzem as relações de Estados e de indivíduos e de Sociedades (PILATI, 2012, p. 15).

O princípio da livre concorrência, por sua vez, existe para que detentores de maior poder econômico não suprimam aqueles de menor poder. Pode-se dizer que é um verdadeiro desdobramento do princípio da livre iniciativa. Clara é a explicação do CADE a respeito do princípio:

O princípio da livre concorrência está previsto na Constituição Federal, em seu artigo 170, inciso IV e baseia-se no pressuposto de que a concorrência não pode ser restringida por agentes econômicos com poder de mercado. Em um mercado em que há concorrência entre

os produtores de um bem ou serviço, os preços praticados tendem a se manter nos menores níveis possíveis e as empresas devem constantemente buscar formas de se tornarem mais eficientes, a fim de aumentarem seus lucros. Na medida em que tais ganhos de eficiência são conquistados e difundidos entre os produtores, ocorre uma readequação dos preços que beneficia o consumidor. Assim, a livre concorrência garante, de um lado, os menores preços para os consumidores e, de outro, o estímulo à criatividade e inovação das empresas (Disponível em <www.cade.gov.br> Acesso em: 10/09/14 às 17:15).

A Defesa do Consumidor advém do princípio da vulnerabilidade, e é também um direito fundamental insculpido no art. 5º, XXXII, e, de acordo com os ensinamentos de FIUZA:

O consumidor, antes do advento do código dedicado às relações a ele pertinentes (BRASIL, 1990), não vivia em situação de desamparo. A jurisprudência já buscava alcançar o equilíbrio contratual, a reparação de danos e a falta de positividade, num ordenamento jurídico marcado pela tradição positivista romano-germânica, certamente prejudicava o alcance dessa empreitada. Daí a relevância da previsão constitucional protetiva do consumidor, consagrada pela lei consumerista em comento.

[...]

O Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) é norma principiológica, que se vale de cláusulas gerais, verdadeiras portas de entrada dos ditames constitucionais no bojo das relações consumeristas. Alçou suas normas ao patamar da ordem pública e do interesse social, para projetar, juridicamente, uma política voltada às relações de consumo que tem por meta o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, a transparência e harmonia das relações de consumo (FIUZA, 2014, p. 252).

Ainda em relação ao Direito do Consumidor, importante reportar os seus traços pós-modernos, termos em que citamos Zigmunt Bauman:

A vida organizada em torno do consumo, por outro lado, deve se bastar sem normas: ela é orientada pela sedução, por desejos sempre crescentes e quererres voláteis – não mais por regulação normativa. Nenhum vizinho em particular oferece um ponto de referência para

uma vida de sucesso; uma sociedade de consumidores se baseia na comparação universal – e o céu é o único limite. A ideia de “luxo” não faz muito sentido, pois a ideia é fazer dos luxos de hoje as necessidades de amanhã e reduzir a distância entre o “hoje” e o “amanhã” ao mínimo – tirar a espera da vontade, Como não há normas para transformar certos desejos em necessidades e para deslegitimar outros desejos como “falsas necessidades”, não há teste para que se possa medir o padrão de “conformidade”. O principal cuidado diz respeito, então, à adequação – a estar “sempre pronto”; a ter a capacidade de aproveitar a oportunidade quando ela se apresentar; a desenvolver novos desejos feitos sob medida para as novas, nunca vistas e inesperadas seduções; e a não permitir que as necessidades estabelecidas tornem as novas sensações dispensáveis ou restrinjam nossa capacidade de absorvê-las e experimentá-las (BAUMAN, 2001, p.99).

Já a defesa do meio ambiente está ligada com o desenvolvimento sustentável e de acordo com o artigo 225, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Estado e a todos os indivíduos da sociedade o dever de preservar este ambiente, nesse sentido, a propriedade privada, direito de todos, deve ser usufruída de modo que não prejudique a coletividade:

Todavia, como se sabe, há muito tempo se obtempera o exercício do *ius utendi*, *ius fruendi* e *ius abutendi*, em prol de valores jurídicos muito maiores, mormente denominados interesses sociais.

Inexoravelmente, entre o abuso egoístico do usar, gozar e dispor do proprietário, e o prejuízo de toda uma sociedade, deve o jurista sustentar que os direitos dominiais tem vários limites, sob pena do individual sobrepor-se ao coletivo, muitas vezes, inclusive, em detrimento da dignidade da pessoa humana.

Dentre essas limitações estão as normas ambientais, sobretudo aquelas que impõe ao proprietário limites no exercício de seus direitos, em prol da sobrevivência humana e de sua dignidade (REZENDE; VALENTE JÚNIOR, 2014, p. 141, grifo nosso).

A Ordem Econômica também visa à redução das desigualdades regionais e sociais, confirmando a constante busca por um Estado mais justo, que é um dos objetivos principais do Estado do Bem Estar Social. Ainda visando pela consagração deste Estado, a Constituição se preocupou com a “Busca do Pleno Emprego”. Por fim, temos o tratamento favorecido para

empresas de pequeno porte, que visa, dentre outros objetivos, tornar a empresa daqueles que detém menor poder econômico mais competitiva.

Entendida a constitucionalização da economia, e conseqüentemente do Direito Empresarial, podemos avançar na pesquisa, para entendermos como é possível falar de função social da empresa em uma sociedade pós-moderna, que tem suas relações cada vez mais rápidas e inconstantes.

2. O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA SOB O ENFOQUE PÓS-MODERNO

Primeiramente, para que se entenda a função social vista sob a ótica da pós-modernidade, é necessário entender o que é a pós-modernidade, e, em poucas linhas, como este fenômeno atinge a sociedade e, conseqüentemente, o Direito.

Também chamada de *modernização*, *sociedade pós-industrial* ou *sociedade de consumo*, a pós-modernidade é um movimento que surgiu concomitantemente com a globalização e ainda que não seja aceita por muitos autores, ela representa um movimento que procede à modernidade, é a época que se vive na atualidade e é definida por muitos autores como a época das incertezas, das fragmentações, das desconstruções e da troca de valores. Ou seja, vivencia-se um momento em que as relações são líquidas e fluidas, não existe aquela solidez da modernidade.

E com essas relações fluidas, surge uma sociedade do medo, e essa sociedade busca, cada vez mais segurança na figura do Estado. A sociedade troca certas liberdades individuais para que o Estado Soberano a proteja do medo. Porém, importante dizer que é característica da pós-modernidade a globalização, e esta globalização traz uma rapidez de informações, trocas culturais e influências de vários países em um só lugar, assim, como o Estado consegue manter sua força diante de uma realidade tão globalizada? Como este Estado deve lidar e resolver os problemas se considerar-se que não mais existem problemas locais, mas sim globais?

Sábias são as palavras do sociólogo Zigmunt Bauman:

Nos tempos modernos, a nação era a “outra face” do Estado e a arma principal em sua luta pela soberania sobre o território e sua população.

Boa parte da credibilidade da nação e de seu atrativo como garantia de segurança e de durabilidade deriva de sua associação íntima com o Estado e – através dele – com as ações que buscam construir a certeza e a segurança dos cidadãos sobre um fundamento durável e confiável, porque coletivamente assegurado. Sob as novas condições, a nação tem pouco a ganhar com sua proximidade do Estado. O Estado pode não esperar muito do potencial mobilizador da nação de que ele precisa cada vez menos, à medida que os massivos exércitos de conscritos, reunidos pelo frenesi patriótico febrilmente estimulados, são substituídos pelas unidades high-tec elitistas, secas e profissionais, enquanto a riqueza do país é medida, não tanto pela qualidade, quantidade moral de sua força de trabalho, quanto pela atração que o país exerce sobre as forças friamente mercenárias do capital global. Em um Estado que não é mais a ponte segura além do confinamento da mortalidade individual, chamado sacrifício do bem-estar individual, para não falar da vida individual, em nome da preservação ou da glória imorredoura do Estado soa vazio e cada vez mais bizarro, se não engraçado. O romance secular da nação com o Estado está chegando ao fim; não exatamente um divórcio, mas um arranjo de “viver juntos” está substituindo a consagrada união conjugal fundada na lealdade incondicional. Os parceiros estão agora livres para procurar e entrar em outras alianças; sua parceria não é mais o padrão obrigatório de uma conduta própria e aceitável. (Bauman, 2001, p. 230)

Com toda certeza, a sociedade pós-moderna traz uma grande dificuldade para o Estado manter a sua credibilidade diante dos administrados, e, por isso se faz tão importante a previsão constitucional de institutos que garantam que os cidadãos gozem de seus direitos, sem influenciar de forma negativa a esfera individual. E é neste ponto que a função social da propriedade e da atividade empresarial se faz importante para o ordenamento jurídico, na medida em que, dentre outros aspectos, possui o condão de garantir que o exercício da empresa se dê de forma que não gere uma insegurança social.

É importante ressaltar que a função social da propriedade, insculpida no art. 5º da Carta Maior, não se confunde com a função social da empresa. A função social da empresa é mencionada na Constituição Federal apenas em seu artigo 173:

Art.173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§1º 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 e formas de fiscalização pelo Estado e pela Sociedade;

[...].

É inadequado dizer que a função social da empresa decorre da função social da propriedade, já que a empresa é uma pessoa jurídica de direito e deveres, possuindo personalidade jurídica própria, não é uma propriedade, é uma pessoa. Para compreendermos melhor a ideia aqui colocada, reportamos a seguinte conceituação de empresa:

É preciso compreender a empresa como um ente autônomo, que não se confunde (1) com sua base patrimonial (aspecto estático da empresa), que é o estabelecimento (*complexo organizado de bens*, nos termos do artigo 1.142 do Código Civil), nem se confunde (2) com o seu titular, que será o empresário ou a sociedade empresária (da mesma forma que esta não se confunde com as pessoas de seus sócios, nem de seu administrador ou administradores) (MAMEDE, 2007, p.31).

Na verdade, a função social da empresa é tratada na Lei de Sociedade Anônimas (Lei nº 6.404/1976), mais precisamente em seu art. 154, nos seguintes termos: “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”.

Avançando, temos que há uma tendência da publicização do direito privado, por exemplo, o Código Civil de 2002 caracteriza-se por representar o Direito Civil Constitucional, neste diapasão, de acordo com Perlingieri, a Constituição funda o ordenamento jurídico:

O conjunto de valores, de bens, de interesses que o ordenamento jurídico considera e privilegia, e mesmo a sua hierarquia, traduzem o tipo de ordenamento com o qual se opera. Não existe, em abstrato, o ordenamento jurídico, mas existem os ordenamentos jurídicos, cada um dos quais caracterizado por uma filosofia de vida, isto é, por valores e por princípios fundamentais que constituem a sua estrutura qualificadora (PERLINGIERI, 2002, p. 05).

A função social da empresa é um princípio que expressa o caráter solidário do direito privado e, se expressa o caráter solidário, pressupõe-se que o indivíduo, quando atua seguindo os preceitos do presente princípio, atua de forma a preocupar-se com o Bem-Estar Geral, ao mesmo tempo em que ganha o seu lucro com a sua atividade empresarial. Neste sentido:

Assim, afirma-se que a empresa é um importante agente social, dotado de relevante poder sócio-econômico.

Na concepção quadripartite de Giuseppe, a empresa é atividade econômica, organizada, com profissionalidade e intuito lucrativo. Muito parecida com a concepção de Asquini (conceito poliédrico), para quem a empresa é composta de elemento subjetivo (o empresário), funcional (a atividade empresarial), patrimonial (o estabelecimento) e corporativo (colaboradores do exercício da atividade).

Deve-se notar que os indivíduos ocupam a maior parte do seu tempo no trabalho, exercido no estabelecimento empresarial. Além disso, é esta responsável pela geração de empregos, pelo recolhimento de tributos (sustento da economia) e, ainda, movimenta a economia (compra e venda de bens e prestação de serviço).

Assim, a função social é alcançada quando, além de cumprir os papéis elencados no parágrafo anterior, a empresa observa a solidariedade (CF/88, art. 3º, inc. I), promove a justiça social (CF/88, art. 170, caput), livre iniciativa (CF/88, art. 170, caput e art. 1º, inc. IV), busca de pleno emprego (CF/88, art. 170, inc. VIII), redução das desigualdades sociais (CF/88, art. 170, inc. VII), valor social do trabalho (CF/88, art. 1º, inc. IV), dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, inc. III), observe os valores ambientais (CDC, art. 51, inc. XIV), dentre outros princípios constitucionais e infraconstitucionais.

Não se tratam de normas meramente dispositivas, mas deve-se compreendê-las como manifestação do Estado na intervenção do domínio econômico (CF, art. 173 e 174), mediante a expedição de normas de comportamento compulsório, isto é cogentes. Em outras palavras, constitui em intervenção estatal na economia por direção, na classificação de Eros Roberto Grau, que consiste na edição de normas de comandos imperativos, de observância obrigatória e necessária (Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1988/Funcao-social-da-empresa>>. Acesso em: 12/09/14 às 18:00).

Ainda em relação à função social da empresa:

Não obstante ser uma pessoa de direito privado, ressalta na sociedade anônima a sua função social.

Constituída em virtude de um contrato privado, a companhia, na medida em que atua no meio social como forma de organização jurídica da empresa, acaba por ser considerada uma instituição de interesse público, levando inclusive à ingerência do Estado nos atos de sua formação e atuação (CARVALHOSA, 2010, V. 1 p. 07).

Ainda segundo Carvalhosa:

A empresa é a racionalização dos fatores econômicos, tecnológicos e humanos da produção, instituída sob a forma de pessoa jurídica, a companhia. Tem a empresa uma óbvia função social, nela sendo interessados os empregados, os fornecedores, a comunidade em que atua e o próprio Estado, que dela retira contribuições fiscais e parafiscais.

A função social da empresa deve ser levada em conta pelos administradores, ao procurar a consecução dos fins da companhia. Aqui se repete o entendimento de que cabe ao administrador perseguir os fins privados da companhia, desde que atendida a função social da empresa (CARVALHOSA, 2010, V.3, p. 239).

Entendida a função social da empresa, se analisarmos a realidade social na qual estamos inseridos, verificaremos que o fenômeno da pós-modernidade e as suas características pode não ornar com os preceitos da função social da empresa. Ora, se vivemos um momento de insegurança, de relações fluidas e de um mundo totalmente globalizado, em que o Estado perde a sua força, como falaremos que um tipo de intervenção, como a função social da empresa poderá obrigar os indivíduos?

Por ser uma cláusula geral, o Judiciário tem a função de aplicar o princípio da função social da empresa de acordo com o caso concreto, e é exatamente por isso que, ainda que o Estado, diante da globalização, tenha perdido suas forças, o Poder Judiciário, intrínseco à estrutura do ordenamento brasileiro, consegue coagir que os empresários façam cumprir este princípio em suas atividades.

O critério para a aplicação das normas vagas nesta acepção será constituído por valores objetivamente assentados pela moral social, aos quais o juiz é reenviado. Não se trata, aqui, de utilizar as “regras comuns de experiência” (CPC. art. 335), mas de utilizar valorações

tipicizantes das regras sociais, porque o legislador renunciou a determinar diretamente os critérios (ainda que parciais) para a qualificação dos fatos, fazendo implícito ou explícito reenvio a parâmetros variáveis no tempo e no espaço (regras morais, sociais e de costume). (COSTA, 1999, p. 313).

Mas, por representar um princípio de caráter altamente solidário poderíamos pensar que falar em aplicação da função social em um instituto privado, que visa o lucro, poderia ser contraditório, e, tentando entender como conciliar os dois princípios, avançaremos no presente estudo.

3. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E O DIREITO AO LUCRO

Vimos que o Estado é intervencionista e, através da função social da empresa, visa estabelecer certos critérios para que a atividade empresarial não atenda apenas a anseios egoísticos, mas também a anseios sociais. Porém, quando se fala em empresa, a primeira ideia que devemos ter é que a mesma é constituída para obtenção de lucros, e essa conclusão pode ser abstraída tranquilamente do artigo 170 da Constituição da República, que prevê a livre iniciativa como um dos fundamentos da ordem econômica brasileira, ademais, um dos princípios basilares de um sistema capitalista é o lucro, logo, a empresa deve sempre buscar a maximização de seus resultados, em busca do lucro, neste sentido:

A norma estabelece, sobretudo, um padrão de equilíbrio na condução dos negócios da competência dos administradores, em face dos interesses nem sempre coincidentes da companhia, da empresa e da comunidade. O padrão impõe, em razão desse fenômeno, que o administrador, ao perseguir os fins sociais (maximização de lucros), leve em conta o bem público e a função social da empresa personalizada na companhia. A quebra desse equilíbrio tornará o administrador objetivamente responsável, seja quando descurar dos interesses coletivos inseridos na atividade empresarial, seja quando, exacerbando-os, desconsiderar, em seu desempenho, os fins contratuais de otimização dos resultados (CARVALHOSA, 2010, V.3, p. 234)

Não podemos esquecer o papel importante do Estado Liberal para o desenvolvimento do Direito, principalmente do direito privado, e, como o Direito Empresarial possui caráter

evidentemente privado, devemos nos ater à liberdade de negociar que o liberalismo trouxe e tentar conciliar a mesma com o ordenamento de Direito Civil Constitucional.

Devemos entender que vivemos em uma realidade capitalista e o regime do capitalismo não defende que todos devem ser iguais no que tange ao aspecto econômico, mas sim defende a divisão de classes, a competitividade e, principalmente, a produção de riquezas. Ora, as empresas existem exatamente para isso, para produzirem riquezas e desenvolver o país. E, o indivíduo que se aventura na abertura de qualquer empreendimento, corre riscos, que, em regra, não são absorvidos pelo Estado, daí poderíamos nos perguntar se é justo que esse mesmo indivíduo, que não tem nenhuma ajuda do Estado para assumir o risco de se abrir uma empresa, tenha que ter contraprestações sociais.

Essa questão do lucro e da busca por sua maximização é bem posta no Projeto de Código Comercial, que dá à atividade empresarial a sua devida importância:

Art. 5º. Decorre do princípio da liberdade de iniciativa o reconhecimento por este Código:

I- da imprescindibilidade, no sistema capitalista, da empresa privada para o atendimento das necessidades de cada um e de todos;

II- do lucro obtido com a exploração regular e lícita de empresa como o principal fator de motivação da iniciativa privada;

III- da importância, para toda a sociedade, da proteção jurídica liberada ao investimento privado feito com vistas ao fornecimento de produtos e serviços, na criação, consolidação ou ampliação de mercados consumidores e desenvolvimento econômico do país; e

IV- da empresa privada como importante pólo gerador de postos de trabalho e tributos, bem como fomentador de riqueza local, regional, nacional e global. (Grifo nosso)

Se considerarmos que vivemos em um Estado Social, em que o indivíduo não está sozinho, mas sim inserido em uma determinada sociedade, chegaremos à conclusão de que é sim importante que o sujeito-empresário atenda aos anseios sociais, posto que também faz parte do coletivo, e, teoricamente, o que é bom para a sociedade como um todo também deveria ser bom para ele.

Agora, se partirmos do pressuposto de que o Estado Social, como um Estado protetor que é deve cuidar do bem-estar social, restaria concluído que a função social da empresa e o

seu incentivo por parte do Estado poderia ser, na verdade, uma transferência de responsabilidades, por parte do Estado, ao indivíduo empreendedor, neste diapasão:

A intensificação do sentimento de cidadania empresarial no Brasil, reflete a falta de capacidade e de credibilidade do governo na busca de soluções para os problemas sociais que afligem a sociedade brasileira.

Até recentemente, o empresariado brasileiro entendia que o seu papel era apenas pagar impostos e criar empregos, e que seria responsabilidade do Estado resolver os problemas sociais. Atualmente, o empresariado sabe que o Poder Público, em todas as esferas, mal tem recursos para financiar sua pesada máquina administrativa (ARNOLDI, 2002, p. 1).

Mas, ocorre que a função social já está consolidada em nosso seio jurídico, desde a Lei de Sociedades Anônimas, a qual foi publicada antes da Constituição Federal e, assim sendo, deve sim ser respeitada pela sociedade como um todo, ainda que se trate de uma cláusula geral, posto que estamos inseridos em um sistema jurídico aberto, já que como dito alhures, o Direito se comunica com todas as outras áreas do saber.

Portanto, faz-se necessário que haja uma conciliação entre o privado e o público, ou seja, o empresário deve continuar trabalhando para que sua empresa ganhe cada vez mais lucros, porém, sempre atento à sua função social que estará ligada com a inclusão de deficientes físicos no grupo de funcionários, preservação do meio ambiente através de uma empresa sustentável, não exploração do trabalho humano, dentre outras ações que contribuem, de alguma forma, para uma melhor qualidade de vida das pessoas. O Estado, em contrapartida, deve continuar cumprindo as suas obrigações, não onerando o particular, de forma que este fique encarregado de funções precípua estatais, pois não seria justo com o empresário, já que ele se arrisca, sem nenhuma ajuda estatal, nesse sentido:

Na medida em que os empresários atuam nas mais diversas esferas da atividade econômica, eles assumem o risco individual do seu eventual insucesso por eventuais quebras, não encontrando no Estado, em regra, suporte econômico para enfrentar suas vicissitudes.

É o próprio risco do negócio o fator que legitima a apropriação dos lucros na atividade empresarial e por simplesmente exercê-la dentro de um campo lícito o empresário já preenche de forma primária uma função social, seja por meio da própria empresa, seja pela utilização

dos contratos que celebra para a realização dos seus objetivos econômicos (VERÇOSA, 2011).

Assim, fica claro que como vivemos em um Estado Social, devemos sim conciliar a função social da empresa com o direito de obtenção de lucro, pois, neste Estado, a Constituição é o centro do ordenamento jurídico, todos os demais ramos de Direito devem obedecer aos seus preceitos, ainda que se tratem de ramos predominantemente privados, como ocorre com o Direito Empresarial.

Mas, de acordo com o que expusemos sobre o fenômeno da pós-modernidade e das relações inseguras que a mesma nos traz, o Estado está desacreditado, dando lugar para um empresariado cada vez mais atuante, que, além de recolher impostos e gerar empregos, resolve outros problemas sociais. Diante dessa realidade, o Estado deve trabalhar no sentido de manter a sua autoridade, bem como o cumprimento de suas obrigações para que esta função social da empresa não seja confundida com uma falência estatal.

CONCLUSÃO

Da análise da Ordem Econômica nacional bem como dos princípios da função social da empresa e da livre iniciativa (direito ao lucro), sob um enfoque pós-moderno, podemos concluir que deve haver uma conciliação entre os princípios em voga para que haja um diálogo saudável entre direito privado e direito público.

O momento pós-moderno demonstra que, devido ao descrédito do Estado, a empresa, além de recolher impostos e gerar empregos, fica responsável por preservar o meio ambiente, empregar deficientes físicos, dentre outras responsabilidades sociais, demonstrando assim, a grande importância da empresa para o sistema capitalista.

A empresa, diante de um Estado desacreditado e de uma tendência de globalização, em que aquela instituição estatal rígida e sólida dá lugar a uma visão de Estado fluida, que sofre interferências mundiais e não só locais, volta as suas atividades para fora, não buscando apenas o lucro, mas uma humanização de seu trabalho, no sentido de priorizar o lado humano de seu trabalho.

Porém, é claro que se pensarmos que o bem-estar geral, a saúde, o lazer e a educação são obrigações do Estado previstas na Constituição da República de 1988, restaria estranho

transferir tais responsabilidades para o particular. A função social da empresa não pode ser uma forma de exclusão do Estado, pois como instituição suprema, é ele que deve dirigir a Nação e garantir o bem-estar geral, bem como a justiça social.

Por isso, mesmo que haja a tendência de supervalorização das empresas, como veículos capazes de garantir o crescimento econômico de um país e conseqüentemente o avanço social, não se pode, em um país que adota o Estado interventor como modelo, deixar que as responsabilidades sociais básicas fiquem nas mãos dos empresários.

Portanto, fica claro que mesmo inseridos em um Estado Social, é possível sim a conciliação da função social da empresa com o direito de obtenção de lucro, já que a empresa pode garantir certo bem-estar aos indivíduos que alcança, sem que isso signifique uma absorção de funções estatais. De acordo com o que expusemos sobre o fenômeno da pós-modernidade e das relações inseguras que a mesma nos traz, o Estado tem perdido a sua credibilidade, devendo, assim, trabalhar no sentido de manter a sua autoridade, para que a função social da empresa, princípio do Direito Empresarial, não seja confundida com uma falência ou uma incompetência estatal.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **A Revolução do Empresariado**. Revista de Direito Privado, vol. 9, jan. 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo**. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade Líquida**. Trad: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- _____. **Tempos Líquidos**. Trad: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento jurídico**. Brasília : UnB, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- BRASIL, **Constituição da República de 1988**.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional**. 5ª edição. Coimbra: Livraria Almeida, 1992.
- CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2010**.
- _____. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2010**.
- COSTA, Judith Martins. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- CREVELD, Martin Van. **Ascensão e Declínio do Estado**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FIUZA, César. **Relações Jurídicas Interempresariais e a Artificialidade da Atribuição da Natureza Consumerista em Razão da Vulnerabilidade**. In: Felipe Peixoto Braga Netto (org.); Michael César Silva (org.). **Direito Privado e Contemporaneidade: Desafios e Perspectivas do direito privado no século XXI**. Belo Horizonte: D' Plácido, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 4ª edição. São Paulo: Martins e Fontes, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MAMEDE, Gladston. **Empresa e Atuação Empresarial**. 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, tomo IV, “Direitos Fundamentais”**. Coimbra, 1988.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11ª edição, São Paulo: Atlas, 2002

NEVES, Rúbia Carneiro. **Limites da autonomia privada e a regulação dos negócios**. In: César Fiuza (Coord.); Rúbia Carneiro Neves (Coord.). **Iniciativa privada e negócios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

O QUE É A LIVRE CONCORRÊNCIA? Disponível em <www.cade.gov.br>. Acesso em 10/09/14 às 17:15.

PEREIRA, Rafael Vasconcellos de Araujo. **Função Social da Empresa**. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1988/Funcao-social-da-empresa>>. Acesso em 18/08/2014.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PILATI, José Isaac. **Propriedade e Função Social na Pós-Modernidade**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

REZENDE, Elcio Nacur; VALENTE JUNIOR, Paulo de Abreu Ferreira. **A Propriedade Contemporânea: O Desafio entre a Liberdade do Ius Utendi e do Ius Fruendi Frente aos Paradigmas do Direito Ambiental e Sustentabilidade**. In: César Fiuza (Coord.); Rúbia Carneiro Neves (Coord.). **Iniciativa privada e negócios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Contrato e Sua Função Social**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **A função social dos contratos empresariais e o judiciário**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI145625,61044-A+funcao+social+dos+contratos+empresariais+e+o+Judiciario>, acesso em 14/08/2015.