

A INTERPRETAÇÃO À LUZ DA SUA FUNÇÃO SOCIAL VISANDO CONSTRUIR UM CONCEITO JURÍDICO DE EMPRESA

THE INTERPRETATION IN THE LIGHT OF SOCIAL FUNCTION TO CONSTRUCTION A LEGAL CONCEPT OF COMPANY

Cláudia Ribeiro Pereira Nunes¹

Doutora em direito

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes (IESUR/FAAr)
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil

e

Manuela Gatto²

Bacharel em Direito

Fundação Getúlio Vargas
Rio de Janeiro - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

RESUMO: O trabalho de pesquisa trata acerca da influência da função social da empresa sobre o conceito de empresa. Primeiramente, busca-se o entendimento sobre a função social da empresa que não é pacífico. Depois, estuda-se a constitucionalização do direito privado é determinante para os efeitos do princípio da função social da empresa. A problemática da pesquisa é a de verificar se existe realmente um conceito de empresa que se adeque ao princípio da função social da empresa como estabelecido pela Constituição brasileira, dentre as teorias dos atos de comércio, da empresa e da firma. O resultado esperado é que com esta última corrente se explique o fenômeno da empresa de modo mais congruente com a função social da empresa nos moldes estabelecidos na CRFB/88.

Palavras-Chave: Conceito de empresa. Teoria da firma. Função social da empre-

¹Graduada, Mestre e Doutora em Direito. Co-coordenadora de Extensão e Pesquisa do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdade Associadas de Ariquemes (IESUR/FAAR) e do Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito - NUPES/DIR. O artigo é uma produção bibliográfica da Linha de Pesquisa e do Eixo Temático do NUPES/DIR do IESUR/FAAr, além de se inserir na Linha Editorial da Revista: Sociedade, empresa e sustentabilidade. Pesquisa financiada pelo IESUR/FAAR. Consultora Sênior. E-mail: crpn1968@gmail.com

²Graduada, em Direito. Advogada. E-mail: gattomanuela@gmail.com.

sa. Constitucionalização do direito civil.

ABSTRACT: This research aims to present the social function of the company influence over the concept of the company. The knowledge over social function of the company is not pacific, however it is consensual the Constitution of 1988 consecrates it as a principal of the economics order. The constitutionalization of private law is determinant over the effects of the principal of social function of the company. The central point of this work is to verify if a concept of the company exists, if it fits the principal of the social function of the company required by the Constitution. Among the theories of the acts of commerce, of the company and of the firm, this last one tends to explain the phenomenon of the company in a way more congruent with the social function of the company.

Keywords: Concept of the company. Theory of the firm. Social function of the company. Constitutionalization of civil law.

INTRODUÇÃO

A crise de confiança no futuro do Brasil, com razão, desestabiliza a econômica, inibe investimentos, fecha empresas, gerando mais desemprego e assim obstruindo a circulação de renda no país. Menos empresas no mercado significa menos impostos e outros tributos que sustentam e fazem girar a máquina estatal, grande responsável por financiar os problemas sociais do seus nacionais.

No entanto, pensando nessa lógica, a responsabilidade do governo é ponderada, pois depende de resultados positivos do setor privado. Nesse toada, qual a função da empresa? Apenas econômica? De geração de renda? Os questionamentos fazem com que seja verificada a necessidade, com urgência, da delineação jurídica da função social da empresa com maior clareza para que seja indicado quais os deveres positivos e negativos aos quais a empresa está subordinada a prestar para cumprir a sua função social.

A Constituição inova ao prever que a propriedade será exercida em respeito a sua função social, o que, para grande parte da doutrina, assenta-se a função social da empresa. Como a previsão constitucional não define o que seria a função social da empresa, essa pesquisa de literatura integrada jurídica através do levantamento teórico das diferentes noções de empresa e sua função social,

bem como da análise da legislação pertinente, traz uma interpretação da função social que permitirá o conceito da empresa como condição sine qua non para a estabilidade das relações jurídicas.

O debate nas escolas econômicas e jurídicas sobre o conceito de empresa sempre esteve diante da legislação ordinária (Código Comercial, Código Civil). A proposta aqui é trazer essa discussão à nível constitucional, no que diz respeito à função social da empresa insculpida como princípio na Constituição de 1988. O objeto da pesquisa consiste em investigar qual a influência do princípio da função social da empresa sobre o conceito de empresa e, assim, estabelecer um conceito de empresa que atenda aos valores e finalidades constitucionais como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a isonomia que, como será apresentado, são os princípios que fundamentam a função social da empresa.

O problema que impulsiona este estudo consiste na falta de normatividade que é atribuída à função social da empresa por alguns autores. Esses sustentam que existe uma ausência de sanção específica no descumprimento da função social da empresa, tendo essa, pois, seu alcance limitado.

A problemática que buscará ser respondida, portanto, é se, havendo o Brasil adotado o modelo de constitucionalismo dirigente, a função social da empresa, enquanto princípio da ordem econômica é capaz de ser correspondida pelo conceito de empresa ou não.

1. HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE ATO DE COMÉRCIO AO CONCEITO JURÍDICO DE EMPRESA

Após anos de dedicação à elaboração de um conceito jurídico de empresa, o tema permanece em debate acalorado e dialético entre os doutrinadores, sem, a princípio, uma definição consensual. Entretanto, há um entendimento de que conceito jurídico de empresa acompanha a evolução do direito comercial, iniciando-se, segundo a doutrina, na:

- (a) etapa de surgimento do direito comercial no medievo italiano, - caracterizada como fase subjetiva, por conta do fato de que o direito comercial seria apenas aplicado aos sujeitos matriculados em uma corporação de ofício -, passando pela (b) etapa de objetivação do direito comercial - com a afirmação da teoria dos atos de comércio, em que o direito comercial passou a disciplinar, objetivamente, atos reputados comerciais -, e chegando na (c) fase subjetiva moderna, marcada pela teoria da empresa - em razão da aplicação das normas

de direito comercial ao sujeito qualificado como empresário. (CAVALLI, 2013, p. 55).

Outrossim, a essas teorias acrescenta-se a teoria da firma que, embora tenha sido desenvolvida por economistas, como será descrito, estudiosos do direito econômico vem explorando-a com maior frequência, como Cássio Cavalli (2013) e Calixto Salomão Filho (2003). Para o primeiro, a construção do conceito jurídico de empresa deve considerar elementos econômicos para explicar o fenômeno de tamanha complexidade.

1.1. Teoria dos Atos de Comércio

A teoria dos atos de comércio foi uma etapa de objetivação do direito comercial, subsequente à primeira fase na qual a empresa estava relacionada à qualidade da pessoa que a exercia. Contudo, influenciado pelos ideais do liberalismo econômico, o direito comercial passou a ter como base não mais o sujeito e sim a atividade desenvolvida por este. Nesse contexto, a teoria dos atos de comércio tem o seu ápice com a edição do Código Napoleônico de 1807 que assim dispunha (NEGRÃO, 2012, p. 48):

CODE DE COMMERCE - LIVRE PREMIER - DU COMMERCE EN GENERAL.

TITRE 1er - DES COMMERÇANTS.

Art. 1er. - Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle.

(Tradução livre: CÓDIGO DE COMÉRCIO - PRIMEIRO LIVRO - DO COMÉRCIO EM GERAL. Art. 1º - São comerciantes aqueles que exercem atividades de comércio e como profissão habitual).

Inspirado no Código Napoleônico, o direito comercial brasileiro passou a reconhecer o comerciante pela sua atividade e, dessa forma, a empresa era caracterizada pelo indivíduo que praticasse atos de comércio com habitualidade. A empresa era tida como um “ato de comércio por natureza”, pois sua finalidade normativa era determinar a extensão da aplicação do direito comercial por meio da qualificação comerciante (CAVALLI, 2013).

Nessa esteira, o Código Comercial de 1850 estabelecia que somente seria comerciante aquele que exercesse com habitualidade atos de comércio, bem como o Regulamento nº 737, de 1850, discriminava as atividades que seriam consideradas como tanto:

Artigo 19 – Considera-se mercancia:

1º. a compra e venda ou troca de efeitos móveis ou semoventes para os vender

por grosso ou retalho, da mesma espécie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso.

2º. as operações de câmbio, banco ou corretagem;

3º. as empresas de fábricas, de comissões, de depósito, de expedição, consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públicos;

4º. os seguros, fretamentos, riscos e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo; e

5º. a armação e expedição de navios.

A principal lacuna da teoria dos atos de comércio, entretanto, consistia em não abranger atividades econômicas importantes, tais como “a prestação de serviços, a agricultura, a pecuária, a negociação mobiliária”(CAVALLI, 2012, p. 72). Desse modo, a legislação brasileira foi, ao longo do tempo, rompendo com a teoria dos atos de comércio para absorver essas e outras atividades desprovidas de amparo legal e, finalmente, em 2002, com o novo Código Civil (BRASIL, 2002), a teoria da empresa passa a ser oficialmente adotada (COELHO, 2014).

1.2. Teoria da Empresa

A teoria da empresa surge com o código civil Italiano de 1942 e, embora este não traga o conceito de empresa, serviu para doutrina como inspiração para tanto (TOMAZETTE, 2014). Enquanto que a teoria dos atos de comércio preocupava-se em definir o comerciante através da prática de atos de comércio, a nova teoria dirigia-se a identificar a “atividade definida em lei como empresarial” (NEGRÃO, 2012,p. 62).

Nesse sentido, a junção das matérias de direito comercial e direito privado no novo código civil italiano sintetizou a própria essência da teoria da empresa, pois todos os empreendimentos, fossem eles civis ou comerciais, estariam sujeitos ao mesmo regime geral, o qual disciplinaria a economia privada, a exceção de algumas atividades de “expressão econômica marginal” (COELHO, 2014, p. 36).

O sistema italiano, responsável pela teoria da empresa, é “um modelo de disciplina privada da economia” que se adequa melhor à “realidade do capitalismo superior”, pois abraça as atividades de grande importância econômica - prestação de serviços, agricultura e etc. - que antes eram excluídas no sistema francês difusor teoria dos atos de comércio (COELHO, 2014, p. 32-24).

Ademais, a teoria da empresa, como explica Tomazette (2014), recebeu grande contribuição com a teoria poliédrica desenvolvida pelo italiano Alberto Asquini

a partir do código italiano supramencionado. Asquini traçou quatro perfis da empresa, no intuito de explicar o que ele chama de “fenômeno jurídico poliédrico”.

Em primeiro lugar, o perfil subjetivo refere-se ao próprio empresário, sendo este aquele que exerce a atividade empresarial. Segundo o artigo 2.082 do código civil italiano de 1942, o empresário era “quem exercia profissionalmente atividade econômica organizada com o fim de produção e da troca de bens e serviços” (TOMAZETTE, 2014, p. 37).

Já o perfil funcional relaciona-se com a atividade empresarial exercida, o que conceituaria a empresa como “um conjunto de atos tendentes a organizar os fatores de produção para a distribuição ou produção de certos bens ou serviços” (TOMAZETTE, 2014, p. 37).

O perfil objetivo, por sua vez, também conhecido como perfil patrimonial, diz respeito ao conjunto de ativos que a empresa dispõe, ou seja, o estabelecimento, os bens utilizados na produção e/ou comercialização, e etc. Sob esse aspecto, “a empresa seria um patrimônio afetado a uma disponibilidade específica” (TOMAZETTE, 2014, p. 38).

Enquanto que os perfis até então analisados apresentam a empresa sob um ângulo individualista, o último perfil descrito por Asquini inova nesse sentido. O perfil corporativo é relativo à pluralidade de pessoas ligadas à empresa, formada pelo empresário e seus colaboradores, em função de um fim econômico comum (REQUIÃO). Nas palavras de Asquini (*apud* REQUIÃO, p. 81):

O empresário, segundo o perfil corporativo, e os seus colaboradores não constituem simplesmente uma pluralidade de pessoas, ligadas entre si por uma soma de relações individuais de trabalho com fins individuais; antes, formam um núcleo social organizado, em função de um objetivo comum, no qual se fundem os fins individuais do empresário e dos colaboradores singulares do melhor resultado econômico da produção.

Grande parte da doutrina pátria, no entanto, entende que o perfil corporativo estaria superado. Para Tomazette (2014), o perfil corporativo fundamentava-se apenas na ideologia populista do fascismo italiano durante a elaboração do Código de 1942.

Na mesma esteira, Bulgarelli (2000) defende apenas os perfis subjetivos, objetivo e funcional da empresa, na medida em que somente esses estariam presentes na sua “essência da empresarialidade”. A empresa, pois, consistiria na “atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços

para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens” (BULGARELLI, 2000 p. 99).

Coelho (2014, p. 34) também contesta o perfil corporativo como sendo uma ideologia pertencente aos regimes totalitários da época. Porém, vai mais adiante e afirma que apenas o perfil funcional seria relevante para o conceito jurídico da empresa, uma vez que os perfis subjetivo e objetivo representam o próprio sujeito de direito (empresário) e o estabelecimento empresarial, respectivamente. Assim, descreve a empresa como sendo a:

[...] atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Sendo uma atividade, a empresa não tem a natureza jurídica de sujeito de direito nem de coisa. Em outros termos, não se confunde com o empresário (sujeito) nem com o estabelecimento empresarial (coisa) (COELHO, 2014, p.35).

Ao estudar o Código Civil de 2002, Negrão (2012) destaca que a legislação brasileira não apresentou, explicitamente, o conceito de empresa. Na verdade, para doutrinador, seu conceito é abstrato e não possui natureza jurídica, dado que corresponde a vários fatos ou negócios jurídicos relativos ao “tripé” pessoa (empresário), atividade econômica e estabelecimento. Cada um desses elementos, pois, possuiria existência e tutela jurídica próprias, como os direitos e deveres da pessoa jurídica ou natural, bem como o complexo de bens do estabelecimento.

Segundo Coelho (2014, p.40), apesar da ausência de conceito de empresa, o Código Civil de 2002 trouxe a definição de empresário - abaixo transcrita -, excluindo, no entanto, grande parte dos profissionais liberais (advogado, dentista, médico e etc.) que não exercem suas atividades sob uma organização empresarial, na legislação referida como “elemento de empresa”:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Não obstante as divergências quanto ao conceito de empresa dentro da própria teoria da empresa, a doutrina majoritária reconhece que Brasil oficialmente adotou-a através do artigo ora transcrito. A empresa, portanto, diz respeito à “atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de

serviços” pelo empresário (pessoa jurídica ou física), de modo profissional (não ocasional).

1.3. Teoria de Firma

A teoria da empresa, contudo, vem sendo criticada por parte da doutrina jurídica. Como sustenta o professor Cavalli (2013, p. 148), por exemplo, o conceito de empresa deve ser elaborado de acordo com a ciência econômica, de modo que seja juridicamente relevante e operacionalizável. Assim, defende que o conceito de empresa “deva ser capaz de explicar da maneira mais satisfatória possível o fenômeno da empresa, de modo a desempenhar adequadamente as funções dogmáticas de um conceito jurídico” (CAVALLI, 2013, p. 19).

Nesse mesma toada, por relevante e operacionalizável, Miguel Reale (apud CAVALLI, 2013, p.19) entende:

[...] antes um sentido operacional do que conceitual, procurando configurar os modelos jurídicos à luz do princípio da realizabilidade, em função das forças sociais operantes no País, para atuarem como instrumentos de paz social e de desenvolvimento.

Observa-se que realizabilidade é também descrito como princípio da operabilidade, Reale extraiu-o dos ensinamentos de Jhering “que diz que é da essência do Direito a sua realizabilidade: o Direito é feito para ser executado” (REALE, sem data).

Por outro lado, a empresa é tanto uma realidade fática como uma realidade jurídica, e cabe ao jurista “[...] descrever essa realidade fática com base em elementos econômicos, selecionar os elementos contidos na descrição que interessam ao direito e, considerando esses elementos, elaborar um conceito jurídico de empresa” (CAVALLI, 2013, p. 78).

A teoria da firma recebe esse nome em razão dos economistas reconhecerem as palavras empresa e firma como sinônimas, embora que para o direito, a firma signifique assinatura (VERÇOSA, 2004, p.90).

Na verdade, a teoria da firma compõe-se de várias visões econômicas acerca das funções que a firma desempenha (CAVALLI, 2013, p. 150). Assim sendo, o presente estudo, assim como se organiza o trabalho Cavalli (2013, p. 151), analisará o conceito de empresa a partir de duas escolas da economia: a neoclássica e a neoinstitucionalista.

1.3.1. A Firma Neoclássica

Segundo a escola econômica neoclássica, a firma é a organização dos fatores de produção para maior eficiência da produção de bens e serviços no mercado, segundo a lei da oferta e da demanda. Dessa forma, “a empresa é reduzida a um indivíduo que realiza escolhas racionais de produzir para os consumidores, em conformidade com as orientações obtidas pelos sinais de mercado, de modo a maximizar seu lucro” (CAVALLI, 2013, p. 164).

Contraopondo-se a esse entendimento, Cavalli (2013, p. 165) sustenta que este voltava-se “para explicar o funcionamento do mercado, e não da firma”, restando essa como uma “black box”. Foi, entretanto, com o economista britânico Ronald H. Coase - precursor da escola neoinstitucionalista (CAVALLI, 2013, p. 166) - que o conceito de firma passou a ser também, e principalmente, determinado pelos custos de transação, e não somente pelos custos de produção (ZYLBERSZTAJN, 2005, p. 34).

1.3.2. A Firma Neoinstitucionalista

De acordo com o Coase, (apud CAVALLI, 2013), os custos de transação são aqueles relacionados à implementação e monitoramento das atividades realizadas pelas empresas, cabendo ao empresário essa coordenação em função dos contratos contraídos pela empresa. Os custos de transação resumem-se nos “(a) custos de busca de informação; (b) custos de negociação do contrato; e (c) custos de monitoração da execução do contrato e de demandar o seu cumprimento (enforcement)” (CAVALLI, 2013, p.173).

Para efeito de ilustração, Cavalli (2013) descreve o caso da churrascaria que busca carne a um preço mais barato do que costuma gastar. Primeiro, tal churrascaria deverá fazer uma pesquisa de mercado, para saber qual frigorífico oferece o menor preço possível, e o tempo e dinheiro investidos nessa pesquisa serão os custos de transação absorvidos pela empresa. Ademais, após achar o frigorífico, a churrascaria arcará com os custos do contrato (como as garantias de pagamento, o frete da mercadoria...), bem como os custos de mantê-lo, através da fiscalização da carne recebida, por exemplo.

Interessante notar que para Coase (apud ZYLBERSZTAJN, 2005, p. 38), os custos de transação são positivos para a firma, afinal, são eles a razão pela qual as firmas organizam-se. Nesse sentido:

[...] firmas, como instituição de aprovisionamento para facilitar o fornecimen-

to de bens e serviços nos mercados, são resultado da procura de mecanismos de redução dos custos de transação, custos estes incorridos para ir ao mercado oferecer ou procurar os bens e serviços [...] (SZTAJN, 2004, p. 187).

No entanto, segundo Coase (apud COELHO, 2014, p. 48) a elevação dos custos de transação pode gerar ineficiência à firma quando as externalidades tornam-se não desprezíveis entre os agentes econômicos. As externalidades, ou custos sociais, consistem em “todo efeito (negativo ou positivo) que uma pessoa produz sobre a atividade econômica, a renda ou o bem-estar de outra, sem compensar os prejuízos que causa nem ser compensada pelos benefícios que traz.” (COELHO, 2014, p. 49).

A análise econômica do direito, surgida com Coase, “considera que as externalidades não refletem falhas do mercado, mas situações conflitantes que devem ser solucionadas pelos próprios interessados”, diferentemente da economia do bem-estar na qual o Estado deveria suportar as externalidades ao corrigir as falhas de mercado com a tributação (COELHO, 2014, p. 49).

A existência da empresa para Coase, pois, fundamenta-se na busca pela diminuição dos custos de transação, ou seja não mais em razão do mercado pelo mecanismo de formação de preços, mas sim em função da “autoridade do empresário”, da firma, como um método de coordenação de produção alternativo ao mercado (CAVALLI, 2013).

1.3.2.1. Economia dos Custos de Transação

Procurando entender com mais detalhes a formação das empresas, Oliver Williamson, influenciado pelo estudo de Coase, verificou que as características dos contratos são determinantes para que os agentes econômicos organizem-se em firmas (integração vertical) ao invés de permanecerem no mercado individualmente (CAVALLI, 2013).

Em razão da incompletude natural dos contratos - nos quais é impossível prever todos os custos de transação - as empresas tendem a estabelecer contratos de longo prazo e objeto pouco determinado, justamente para evitar os altos custos de transação dos contratos instantâneos do mercado. Neste, o empresário tem que resolver disputas contratuais para manter e renegociar essas relações jurídicas de curta duração. (CAVALLI, 2013).

Além da racionalidade limitada dos agentes econômico em estabelecer todos os detalhes da relação contratual e da necessidade de renegociação, os cus-

tos de transação dos contratos de mercado também são determinados pelo oportunismo e pela especificidade dos ativos. Quanto maior este, mais vulnerável o empresário estará ao oportunismo do fornecedor que poderá se apropriar da sua quase renda. (CAVALLI, 2013). A quase renda é “a diferença entre o valor do ativo na sua alocação atual e o valor que ele obteria em uma alocação alternativa” (CAVALLI, 2013, p. 187).

Assim, Williamson compreendeu a empresa como “uma estrutura de governança alternativa em relação ao mercado”, na qual o empresário busca aumentar seu poder defiat (poder hierárquico) verticalizando as relações que envolvem custos de transação altos de um fornecedor (integrate backwards) ou de um distribuidor (integrate forward) ao invés de renegociar contratos no mercado (CAVALLI, 2013).

Para Oliver Hart (apud CAVALLI, 2013), no entanto, o poder de fiat não é verdadeira razão pela qual os agentes econômicos verticalizam-se, pois a hierarquia por si só não explicaria o motivo pelo qual um fornecedor ou distribuidor deixaria de ser oportunista. Na verdade, são os direitos de propriedade dos ativos da empresariais que explicam essa situação, pois os antigos oportunistas agora estarão sobre a ameaça de demissão.

1.3.2.2 Economia dos Custos de Agência

Também influenciados por Coase, Armen Alchian e Harold Demsetz, William Meckling e Michael Jensen, Steven Cheung e Eugene Fama conceituaram a empresa como uma conexão de contratos, nexus of contracts em razão da necessidade de organizar as relações de cooperação inerentes ao desenvolvimento da atividade econômica (CAVALLI, 2013).

Tanto o mercado como a firma são marcos por elas relações de cooperação e não por oportunismo, pelo risco da apropriação da quase renda, ou seja, não haveria diferença entre contratos de mercado e de firma. Esta, na verdade, organiza-se não mais para aumentar o poder de fiat do empresário, mas sim para fortalecer as relações de cooperação e reduzir os custos de mediação (CAVALLI, 2013).

Os custos de mediação correspondem à medição da produtividade e recompensa pelo esforço dos agentes econômicos. Como no mercado muitas vezes não consegue fazer isso naturalmente:

A produção em equipe (isto é, em empresa) torna-se mais eficiente precisa-

mente nos casos em que há dificuldade em medir a produtividade marginal de cada um dos agentes que aportam recursos para uma finalidade comum, de modo a determinar a remuneração (CAVALLI, 2013, p. 197).

Seguindo esse raciocínio, a firma seria uma solução aos agentes econômicos que tendem a se esquivar e de cujo resultado o mercado não consegue mensurar. A firma, pois, surge como uma grande gestora de contratos no sentido de monitorar e quantificar, eficientemente, o desempenho dos indivíduos internos e externos à empresa. (CAVALLI, 2013).

Uma vez reduzido os custos de mediação com a organização em firma, os custos de mediação são substituídos pelos custos de agência, os quais derivam da relação entre o principal - titular do interesse, no caso o empresário - e o agente - responsável pela consecução do interesse do principal desde um funcionário, administrador e até mesmo um credor. Dessa forma, o empresário, possui custos em monitorar a atuação dos agentes para que os interesses da empresa sejam preservados.

A teoria da firma neoinstitucionalista, ainda que defendida sob óticas peculiares não raramente divergentes, contribuiu significativamente para o conceito jurídico de empresa, pois ajudou a entender porque os agentes econômicos organizam-se sobre a estrutura de empresa, seja em razão dos custos de transação, de mediação ou de agência.

Resta claro, por conseguinte, que a empresa não é um mero resultado dos custos de produção, mas sim uma alternativa consciente dos agentes em organizarem-se com mais eficiência em razão de elementos que lhe são endógenos, geradores de custos de transação, mediação ou agência. Nesse sentido, encaminha-se agora para analisar um desses elementos que influencia em todos esses custos determinantes para a escola neoinstitucionalista.

2. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Não bastasse as dificuldades em definir-se o conceito de empresa, a noção de sua função social ainda é um tema mais discutido ainda no campo jurídico. Apesar da sua crescente referência na doutrina contemporânea, a função social da empresa, como será tratada, é um conceito em desenvolvimento que abriga diversas acepções.

Antes de estabelecer a definição do conceito de função social da empresa, entretanto, faz-se mister esclarecer o contexto no qual a função social ascende

no direito.

2.1. Da Publicização à Constitucionalização do Direito Privado

Surgido durante o século XX, publicização do direito privado - também conhecida como, socialização ou despatrimonialização do direito privado - foi um movimento reacionário ao paradigma liberal do século anterior. (TEPEDINO, 2008). Antes da publicização do direito privado havia um “fetichismo do Código Civil”, no qual o direito público e o direito privado representavam:

[...] dois ramos estanques e rigidamente compartimentados. Para o direito civil, os princípios constitucionais equivaleriam a normas políticas, destinadas ao legislador e, apenas excepcionalmente, ao intérprete, que delas poderia timidamente se utilizar (TEPEDINO, 2001, p. 3).

Com o fenômeno de publicização do direito privado, as relações privadas não poderiam mais deixar de observar os interesses coletivos. Assim, ao Estado caberia intervir para que os interesses individuais não se sobrepusessem aos da coletividade, despedindo-se do ultrapassado *laissez-faire*, *laissez-passer* do Estado Liberal para abraçar o novo Estado Social (CAVALLI, 2012).

Inicialmente, a publicização do direito civil foi relacionada à maciça intervenção do Estado na economia. Tal prática ficou conhecida como dirigismo contratual, tendo como ápice o modelo do constitucionalismo social e do *welfare state*. O dirigismo contratual instrumentalizou-se através da edição de leis situadas fora dos códigos civil ou comercial, o que fez com que estes perdessem paulatinamente a “posição central” no ordenamento jurídico no que tange as relações privadas (CAVALLI, 2012, p. 33).

Segundo Cavalli (2012, 22), a publicização do direito civil, por outro lado, também é manifestada pelo que se convencionou chamar de constitucionalização do direito civil. Com a ascensão das constituições econômicas e dirigentes, as cartas constitucionais passaram a regular as relações econômicas através de normas programáticas, firmando, pois, o desfecho da antiga dicotomia direito público/privado.

Segundo Bercovici (2005, p. 87) enquanto que as constituições econômicas compreendem aquelas que apresentam disposições econômicas em seus textos, as constituições dirigentes pretendem, além de contemplarem a estrutura econômica do Estado, alterá-la através de diretrizes

a constituição econômica compreende “o conjunto de disposições constitucionais que dizem respeito à conformação da ordem fundamental da economia”.

De acordo com da Silva (2009a, p. 138), as normas programáticas são “aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização de fins sociais do Estado”.

De acordo com Eugênio Fecchini Neto (apud CAVALLI, 2012, p. 99), a constitucionalização do direito privado possui duas faces: a relevância constitucional das relações privadas - com a incorporação de alguns institutos de direito privado na constituição - e a constitucionalização do direito civil através da força normativa dos princípios e de interpretações à luz da constituição.

Ao tratar do tema, Barroso (2010, p. 369) destaca que a Constituição comporta “regras específicas [...] que afetam institutos clássicos, assim como os princípios que se difundem por todo o ordenamento, a exemplo da isonomia, da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana”.

O princípio da isonomia, segundo Bulos (2009, p. 450), também conhecido como princípio da igualdade, equiparação ou paridade, “consiste em quinhonar os iguais igualmente e os desiguais na medida de sua desigualdade” conforme ensinou Aristóteles e posicionou-se o Supremo Tribunal Federal (STF).

Já o princípio da solidariedade está ligado à ideia de ajuda mútua, recíproca, de respeito ao próximo, bem como concatenada à democracia:

Não existe democracia onde reinam desigualdades sociais, o dinheiro, o clientelismo, o eleitoralismo, o espírito cortesão e a corrupção. Não há democracia sem um agir organizado e consciente que coloque o funcionamento de todas as instituições a serviço da liberdade e do combate às desigualdades sociais (FARIAS, 1998, p. 283).

A dignidade da pessoa humana, por sua vez, advém de valores religiosos e éticos relativos ao respeito ao próximo, ao valor sagrado de que cada indivíduo tem um fim em si mesmo na máxima kantiana (BARCELLOS, 2002). Segundo Barroso “Em síntese sumária, a dignidade da pessoa humana está no núcleo essencial dos direitos fundamentais, e dela se extrai a tutela do mínimo existencial e da personalidade humana, tanto na dimensão física com moral” (BARROSO, 2010, p. 254).

Assim sendo, com a Constituição de 1988, o Estado Democrático de Direito

brasileiro, tendo como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da solidariedade como objetivo fundamental e o princípio da isonomia como direito fundamental, alterou a ordem constitucional tanto nas relações públicas como nas relações privadas, e afetando, portanto, institutos clássicos do direito civil, como foi o caso da empresa.

2.2. Previsão Constitucional da Função Social

A Constituição não trouxe previsão expressa da função social da empresa. Contudo, grande parte da doutrina pátria atribui base constitucional implícita na função social da propriedade, como será mais bem tratado no título seguinte. Assim sendo, esta parte do presente estudo verificará os dispositivos constitucionais que disponham sobre a função social da propriedade, enquanto fundamentadora da função social da empresa.

Com movimento de constitucionalização do direito privado, a Constituição trouxe restrições ao direito de propriedade (uso, gozo e disposição), não existindo mais o direito absoluto da propriedade (DA SILVA, 2009b). Assim, dispôs:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

(grifo nosso)

No entanto, Da Silva (2009b, p. 281), observa que esse dispositivo, na verdade, representa um “sistema de limitação da propriedade” relativo apenas ao proprietário e que não deve ser confundido com o princípio da função social da propriedade. Este, segundo o autor, “ultrapassa o sentido [...] da propriedade como manifestação de um direito individual [...] porque interfere com a chamada propriedade empresarial”, na medida em que se insere entre os princípios da ordem econômica:

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

I - soberania nacional;

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

Segundo da Silva (2009b), ao transpor a função social da propriedade à nível principiológico, o constituinte amplia seus efeitos para todas situações jurídicas que envolvam o poder econômico, com o fim de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Assim, deixa o plano das normas - “preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo” (DA SILVA, 2009a, p. 142) - para se tornar parte das “ordenações que irradiam e imantam os sistemas normas” (DA SILVA, 2009a p. 142).

Em se tratando de princípios, Barroso (2010, p. 317) discorre que a constituição consiste como “um sistema aberto de princípios e regras”, na qual estas “desempenham o papel referente à segurança jurídica - previsibilidade e objetividade das condutas” e aqueles “com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto”. Os princípios, assim como as regras, são dotados de eficácia jurídica, ou seja, pretendem “atuar sobre a realidade” (BARROSO, 2010, p. 319).

Segunda da Silva (2009b), a aplicabilidade da função social da empresa é imediata, assim como todo princípio constitucional, ou seja, independe de norma ulterior para que seja aplicada. Ressalta o autor que esse posicionamento, inclusive, já foi reconhecido pela jurisprudência no acórdão proferido pela 3ª câmara do 1º TAC-SP, na apelação 291.722 .

Seguindo esse raciocínio, a Constituição continuou prevendo a função social

da propriedade ao longo do título da ordem econômica e financeira da seguinte forma:

Art. 173. [...]

§ 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 social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade [...]
(grifo nosso);

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

[...]

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

(grifo nosso);

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 [...]

(grifo nosso);

Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

[...]

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e

fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.
(grifo nosso);

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.
(grifo nosso).

Vale ressaltar que, apesar desses exemplos não contemplarem especificamente a função social da empresa, o próprio artigo 170, III já seria suficiente para consagrá-la:

[...] ao ter a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica, tem-se configurada a sua direta implicação com a propriedade dos bens de produção, especialmente imputada à empresa pela qual se realiza e efetiva o poder econômico, o poder de dominação empresarial. Disso decorre que tanto vale falar de função social da propriedade dos bens de produção, como de função social da empresa, como de função social do poder econômico (2009b, p. 814).

Não restam dúvidas, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro abriga a função social da empresa enquanto princípio constitucional. Após a verificada e analisada a força normativa da função social da empresa, é importante, do mesmo modo, averiguar a construção doutrinária acerca tema.

2.3 Panorama das Diversas Concepções do Termo Função Social da Empresa

Segundo Tomasevicius Filho (2003), a função social é um termo pertencente às ciências sociais, cuja iniciação teve-se na filosofia e, conseqüentemente, passou para o direito sob a forma de função social da propriedade. São Tomás de Aquino, teria sido o primeiro a formular o conceito de função social “quando afirmou que os bens apropriados individualmente teriam um destino comum, que

o homem deveria respeitar” (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 34).

Do mesmo modo, Augusto Comte “formulou o conceito de função social como um dever de agir” (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 34). De acordo com Comte, a sociologia deveria proporcionar uma reforma efetiva nas instituições sociais, de modo a transformar o pensamento intelectual do ser humano, tendo cada um, dessa forma, um atribuição a cumprir para e em função da sociedade.

A Constituição de Weimar de 1919, como observa Comparato (1986, p. 75), teria sido o primeiro exemplo mais concreto da noção de função social no direito. O artigo 153 desta carta introduziu a função social como limitadora do direito de propriedade, sendo reproduzido, *ipsis verbis*, pela Constituição da República Federal da Alemanha de 1949 (art. 14, 2.^a alínea) “a propriedade obriga e seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social”.

Na mesma esteira, a Constituição de brasileira de 1934 (BRASIL, 1934) também estabeleceu que:

Art. 17. É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

Tomas e Vicius Filho (2003) destaca que, na ciência jurídica, o conceito de função social da empresa foi tratado, primeiramente, sob dois ângulos distintos. De um lado, Karl Renner teria definido a função social como uma “abstração do processo econômico”. Assim, a empresa, enquanto instituto jurídico, possuiria um papel social de produtora de riquezas, gerando emprego empregos e lucros.

Por outro lado, Léon Duguit, sustentou que a função social da empresa, por ser uma espécie de fenômeno de convivência, deveria encontrar fundamento na solidariedade. Segundo Duguit (apud TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 35), a solidariedade consiste na ideia de que “A atividade particular de cada ser humano deve se harmonizar-se com as atividades dos demais”, pois “O ser humano não é auto-suficiente, o que ensejaria uma interdependência inevitável”. Assim, ao relacionar a empresa com o instituto jurídico da propriedade, Duguit (apud TOMAS E VICIUS FILHO, 2003, p. 36) assevera que “a propriedade não é um direito; é uma

função social. O proprietário, a saber, o possuidor de uma riqueza, tem, pelo fato de tê-la, uma função social a “cumprir; enquanto cumprir esta missão, seus atos de proprietários estão protegidos”.

Com relação à função social da propriedade, Bulos (2009, p. 504) esclarece que esta consiste na “destinação economicamente útil da propriedade, em nome do interesse público”, pois a propriedade não se esgota nos direitos individuais do titular em usar, gozar e dispor da coisa. Esses direitos, pois, não deveriam empacar no progresso e na satisfação da sociedade.

Diante dessas duas visões, no entanto, Tomasevicius Filho (2003) afasta a concepção de Renner, pois a função social da empresa ultrapassa a mera geração de riquezas na sociedade. Se assim fosse, a propriedade improdutiva também cumpriria sua função social, dado que guardaria uma reserva de valor.

Ademais, pondera o entendimento de Duguit, entendendo que o dever do proprietário em cumprir a função social não deve sobrepor-se ao seu direito subjetivo, e vice-versa. Em suas palavras, “a função social [...] não retira a liberdade de o indivíduo ou a sociedade agir em interesse próprio” (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 40).

Para o jurista, a da função social da empresa está restrita ao seu respectivo objeto social e compreende “o poder-dever de o empresário e os administradores da empresa harmonizarem as atividades da empresa, segundo o interesse da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres positivos e negativos” (TOMAS E VICIUS FILHO, 2003, p. 40).

A extensão desses deveres é tratada por Lamy Filho (2015). Segundo o autor, os professores Adolf Berle e Merich Dodd Jr. debateram o assunto na Harvard Law Review, defendendo o primeiro que os deveres dos administradores deveriam estar voltados apenas para os interesses dos acionistas, enquanto que o Dodd Jr. estendia esses mesmos deveres para o público em geral.

Na toada de Dodd Jr., Lamy Filho (2015, p. 58) descreve que as decisões das empresas “têm repercussão que ultrapassam de muito seu objeto estatutário, e se projetam na vida da sociedade como um todo. Participa, assim, o poder empresarial do interesse público, que a todos cabe respeitar”.

Comparato (1986), por sua vez, defende que existem bens de produção e bens de consumo, e que somente aos primeiros caberia falar em função social. Enquanto que os primeiros dirigem-se ao interesse privado de consumo, os segundos vinculam-se a um objetivo determinado pelo interesse coletivo através da

dinâmica exercida pelas empresas.

Nessa sentido, Coelho (2014, p.75) esclarece que os bens de produção, como conceito jurídico, compreendem todos aqueles “reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial”. Atenta, ademais, que muitas vezes o empresário não é o titular desses bens - pois entre eles há alugados, alienados fiduciariamente, objetos de leasing... -, mas, mesmo assim, o empresário os controla e deve direcioná-los em consonância com sua função social:

[...] ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, ao adotar práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeitar os direitos dos consumidores, desde que com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita (COELHO, 2014, p. 76).

Outrossim, Tomas e Vicius Filho faz uma distinção importante entre função social e responsabilidade social da empresa. Enquanto ambas direcionem-se ao bem comum dos indivíduos que estejam dentro e fora do universo empresarial, a primeira está restrita ao objeto social da empresa, enquanto que a segunda ultrapassa esse limite, pois se fundamenta na no poder econômico das empresas.

Por exemplo, uma empresa comercial tem por objeto social a intermediação de mercados entre produtores e consumidores e não a realização de atividades beneficentes no município em que fica a sua sede social ou a contribuição do custeio da seguridade social. E por não serem atividades ligadas ao seu fim é que se pode falar em responsabilidade social. (TOMAS E VICIUS FILHO, 2003, p. 47)

A responsabilidade social “consiste na integração voluntária de preocupações sociais e ambientais por parte das empresas nas suas operações e na sua interação com a comunidade” (TOMAS E VICIUS FILHO, 2003, p. 46). Para o jurista, a empresa pode ser compelida a cumprir com a responsabilidade social tanto pela lei, como é o caso do custeio de seguridade social, quanto pela própria sociedade, exigindo esta maior cidadania empresarial. A cidadania empresarial compreende o aumento do bem-estar da sociedade através de medidas tanto no âmbito interno - preocupação com as condições de trabalho, higiene e saúde dos trabalhadores e etc. - como no âmbito externo da empresa - preocupação com toda comunidade envolvida, como clientes, fornecedores e etc (TOMAS E VICIUS FILHO, 2003, p. 55).

De acordo com Diniz (2009), a função social da empresa compreende tanto a

função social do contrato ou estatuto social, como a função social da propriedade empresarial, buscando, em ambas, a boa-fé objetiva do empresário. Esta, para Diniz, é um princípio que:

[...] privilegia o respeito à lealdade, requerendo do empresário um padrão de conduta, que tenha como standard “o bom homem de negócios”, que deve ter o dever de diligência e cuidado próprio na condução de seu interesse. A boa-fé objetiva deve ser tida como o modelo de conduta social em busca da economia voltada ao bem-estar geral e da melhoria da atividade empresarial na obtenção de um excelente padrão de eficiência (DINIZ, 2009, p. 24).

Em se tratando de função social do contrato, Caio Mário (2011, p. 12) descreve-a como uma limitação à autonomia da vontade quando esta “esteja em confronto com o interesse social”, ultrapassando “a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer, porque estão no exercício da autonomia da vontade” e mitigando os princípios clássicos do contrato, da autonomia da vontade, da força obrigatória, da intangibilidade do seu conteúdo e da relatividade dos seus efeitos.

Nesse sentido, “o Código consagra a rescisão do contrato lesivo, anula o celebrado em estado de perigo, combate o enriquecimento sem causa, admite a resolução por onerosidade excessiva, disciplina a redução de cláusula penal excessiva” (PEREIRA, 2011, p. 12).

Após análise da função social da empresa sob vários ângulos apontados pelos doutrinadores aqui expostos, se pode inferir alguns pontos consensuais acerca do seu conceito: (i) guarda em si um solidário, coletivo, o qual ultrapassa a noção de função econômica; (ii) restringe-se ao conteúdo do seu respectivo objeto social, não se confundido com a noção de responsabilidade social; (iii) incide sobre a disposição de bens de produção, seja por meio da propriedade ou simplesmente pelo poder de gestão sobre estes e (iv) cria deveres positivos e negativos para a empresa a partir desses três pontos.

3. O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E A FIRMA NEOINSTITUCIONALISTA

Em decorrência do movimento da constitucionalização do direito privado e com a conseqüente ascensão das constituições dirigentes com normas programáticas, como bem pontuado no capítulo anterior, a ordem econômica do país passou

a ser determinada pelos princípios elencados no artigo 170 supracitado, servindo como um norte não apenas para o Estado, mas para o setor privado também.

Assim sendo, o fim de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (BRASIL, 1988, art. 170, caput), enquanto norma programática, é fundada nos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da solidariedade que se vinculam necessariamente às empresas através do princípio da função social dessas. A constituição dirigente, desse modo, representa um rumo dentro do qual a empresa adquire importantíssima função enquanto detentora do poder econômico.

Embora exista o posicionamento de que a função social da empresa não possua valor normativo por ser desprendida de sanção jurídica adequada e deveres positivos claros (COMPARATO, apud CAVALLI, 2013, p.22), a previsão constitucional, para os constitucionalistas aqui já citados, é suficiente para a produção de efeitos jurídicos.

Enquanto criadora de deveres positivos e negativos em razão dos valores de coletividade presentes na Constituição, pode-se dizer que a função social da empresa representa um custo de transação elementar para os agentes econômicos. Embora não seja possível predeterminar todos os custos de transação, pode-se inferir que a função social da empresa permeia tanto os custos de informação como os custos de negociação e monitoração.

Retornado ao exemplo da churrascaria ilustrado por Cavalli (2013, p.77), ao realizar-se a pesquisa de mercado para identificar qual frigorífico garante o menor preço da carne, o empresário deverá ter em mente que o menor preço não necessariamente lhe renderá menores custos de transação, pois as condições higiênico-sanitárias da carne poderão estar comprometidas.

Assim, ao buscar um fornecedor que atenda às demandas financeiras da empresa, essa, enquanto detentora de poder econômico, deverá ser diligente e agir com boa-fé objetiva, não podendo simplesmente ignorar a função que seus bens de produção desempenham.

Nessa hipótese, a carne é um fator de produção a ser consumido pelos clientes da churrascaria, juntamente com todos os serviços disponíveis por ela. Dessa forma, ainda que o empresário cumpra com todas as exigências legais e normas da vigilância sanitária, a saúde dos seus clientes poderá estar comprometida caso o dono da churrascaria ou o responsável seja omissivo no momento em que procurar um fornecedor que o venda mais barato.

Ademais, as consequências de uma possível intoxicação alimentar não ferem apenas os direitos dos consumidores (Art. 170, X, da Constituição). Toda a cadeia de funcionários, fornecedores, credores e etc., estão comprometidos com o desempenho da churrascaria. Dependendo da gravidade e da proporção da intoxicação alimentar, a empresa poderá ter suas atividades encerradas provisoriamente, ou até permanentemente, em decorrência das leis de proteção aos consumidores, porém em detrimento dos interesses de todos os stakeholders.

Ainda que a carne estivesse em perfeitas condições, o menor preço garantido pelo frigorífico à churrascaria pode ser abusivo. Independentemente das razões pelas quais esse preço foi possível, o que interessa para o presente estudo é que a concorrência desleal vai diretamente de encontro ao princípio da livre concorrência e, em última instância ao princípio da função social da empresa.

Nesse sentido, adverte Tomas e Vicius Filho (2003, p.43):

O inc. IV do art. 170 estabelece a livre concorrência como princípio da ordem econômica. Isso significa que a atividade empresarial não pode atentar contra este princípio, porque este é um valor instrumental para a consecução de diversos objetivos econômicos, entre eles, a eficiência alocativa, que consiste na utilização dos recursos sociais nas atividades que os consumidores mais necessitam, e a eficiência produtiva, que consiste na utilização de menos quantidade possível de recursos sociais na produção de bens de consumo, através da garantia da igualdade de competição entre os agentes econômicos.

Assim, como a concorrência desleal pode gerar monopólios, e esses naturalmente não são eficientes, as empresas devem cumprir sua função social na medida em que essa “consiste na destinação econômica socialmente mais vantajosa para a sociedade” o coaduna-se com o princípio da livre concorrência, agregando semanticamente a ordem econômica brasileira como um todo (TOMAS E VICIUS FILHO, 2003, p. 43).

Deve-se ressaltar que, no Brasil, a Lei 12.529/2011 (BRASIL, 2011) estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispondo sobre:

a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico (BRASIL, 2011, art. 1º, caput).

O custo da função social, pois, impacta não somente nos custos de transação

envolvidos com o fornecimento de carne, muito pelo contrário, relaciona-se com todos contratos realizados com seus trabalhadores, com os agentes bancários, financeiros e etc. Dessa forma, pode-se entender que o cumprimento da função social é um custo de transação para empresa que incorre desde o momento de informação, negociação e finalmente monitoração de todas relações contratuais desenvolvidas.

Sob a perspectiva dos custos de agência, a função social da empresa torna as relações empresariais muito mais complexas de serem calculadas (custos de mediação), bem como de serem monitoradas pelo principal (custos de agência). O principal sempre deverá ter o cuidado em dobra ao delegar seus interesses aos agentes, pois para lei não importa se o principal cumpriu com a função social da empresa, mas sim se a própria empresa cumpriu sua função social, independentemente do responsável direto pelo descumprimento.

Na verdade, raros são os casos em que o direito responsabiliza os agentes, ou até mesmo o principal, pois quem sofre o prejuízo é a pessoa jurídica, e não a pessoa natural, sócios, administradores e etc. Salvo em casos extremos em que haja culpa, apenas a pessoa jurídica será juridicamente responsável, embora o principal, conseqüentemente, sempre suportará os prováveis efeitos reflexos de ter sua empresa em conflito judicial.

Retornando novamente ao exemplo da churrascaria, se o dono não tenha tempo para gerenciá-la, contratará um terceiro para realizar essa função. Mesmo que esse seja extremamente qualificado, com anos de experiência no ramo de churrascarias, poderá, por algum motivo, esquivar-se e não ser tão diligente quanto à temperatura excessivamente quente da cozinha.

Dessa forma, a saúde de algum funcionário poderá ser afetada, ainda que todas as normas de instalação tenham sido cumpridas. Aplica-se, nesse caso, a responsabilidade objetiva do empresário, mesmo tendo sido o administrador culpado pela omissão.

Esse é o raciocínio jurídico atualmente empregado pela teoria do risco adotada pelo artigo 927, parágrafo único do Código Civil, fundamentada na função social que a empresa possui em zelar pelos seus trabalhadores, principalmente na saúde desses vinculada ao princípio da dignidade da pessoa humana, em última análise.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano,

independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A teoria neoinstitucionalista, por conseguinte, explica o fenômeno da empresa sob vários ângulos nos quais a função social da empresa pode ser identificada enquanto um custo de transação, mediação ou de agência. Essa equivalência concatena-se perfeitamente com o modelo constitucionalista adotado pelo Brasil, no qual normas programáticas norteiam e princípios constitucionais obrigam a atuação do setor privado.

Não obstante a grande contribuição da teoria neoconstitucionalista para a função social da empresa, deve-se atribuir créditos a Alberto Asquini ao analisar o perfil corporativo da empresa. Tal perfil, ao observar a existência de uma finalidade coletiva para além das várias finalidades individuais de cada pessoa ligada à empresa, parece ter sido uma epifania do que mais tarde seria concretizado como função social da empresa e explicado pela escola neoconstitucionalista por meio de outros custos que não os de produção (transação, mediação e de agência).

Assim como a teoria da empresa, a qual acolhe os perfis de Asquini, a teoria dos atos de comércio também não conseguiu explicar o fenômeno da empresa partir de um dado econômico que mensura-se a função social da empresa. No mesmo sentido seguiu a teoria da firma neoclássica que, embora desenvolvida pela própria ciência econômica, acabou por elaborar um conceito de mercado e não de empresa.

A grande contribuição da firma neoinstitucionalista para a função social da empresa, portanto, recai sobre a conclusão de que as empresas não se organizam em decorrência puramente dos custos de produção. O que são determinantes na processo de verticalização são os outros custos - transação, mediação e de agência -, capazes de atribuir um conceito de empresa relevante e operacionalizável quanto à função social da empresa.

CONSIDERAÇÃO FINAIS

O conceito de empresa proposto pela teoria da firma neoinstitucionalista, tendo como epicentro os custos de transação - os quais melhor explicam o fenômeno da empresa e não do mercado a partir de um verdadeiro dado econômico - adéqua ao modelo de constituição dirigente adotado pelo Brasil, uma vez que possui correspondência com o princípio da função social da empresa.

Este princípio estrutura a ordem econômica do país segundo a Constituição, a qual tem por fim garantir a existência digna de todos segundo a justiça social. Possui, pois, força normativa quanto parte de norma programática, devendo nortear o setor privado, bem como quanto princípio constitucional, de aplicabilidade direta sobre todos. Independe, dessa forma, de sanção específica, pois a sua não observância pelas empresas será a base para as disputas jurídicas que esta sofrerá, seja em sede trabalhista, empresarial e etc.

A função social da empresa, pois, influencia diretamente as empresas, razão pela qual esse princípio deve ser avaliado pelo conceito de empresa. A firma neoinstitucionalista, como visto, é a que apresenta um sistema viável para que se possa entender o peso que os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da isonomia atribuíram à empresa.

Esses princípios consolidam-se na função social da empresa e mostram que, assim a teoria da firma neoinstitucionalista, a Constituição também não se conforma com o entendimento de que as empresas possuem apenas uma função econômica de geração de empregos e renda. A noção, portanto, de que a empresa corresponde a uma organização de fatores de produção em prol da eficiência da produção de bens e serviços no mercado de acordo com o sistema de preços é ultrapassada.

Embora a pesquisa não tenha conseguido delimitar com maiores detalhes quais os deveres positivos e negativos que a empresa deve cumprir sua função social, este estudo tem a função de ser a base para futuras pesquisas que almejem especificar tais deveres. Aqui, portanto, atinge um ponto teórico com potencial para outras discussões, sejam elas meramente acadêmicas ou à nível empírico. Responde-se a problemática de que mesmo com um modelo de constitucionalismo dirigente, a função social da empresa, enquanto princípio da ordem econômica não é capaz de ser correspondida pelo conceito de empresa, salvo pouquíssimas exceções.

REFERÊNCIAS

- ASCARELLI, Tulio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Quorum, 2008.
- AZEVEDO, Marcelo Cândido de. **O princípio da função social e o direito de empresa: algumas considerações**. Cadernos de Direito, v. 8, p. 35-57, jul.-dez. 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934** (estudo histórico). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 02 de jun. 2015.

_____. **Constituição República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02 de jun. 2015.

_____. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850**. Código Comercial de 1850 (estudo histórico). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-556-25-junho-1850-501245-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 22 mai. 2015.

_____. **Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em 07 de jun. 2015.

_____. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 22 mai. 2015.

_____. **Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em 07 jun. 2015.

_____. **Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 11 jun. 2015.

_____. **Regulamento nº 737 de 1850** (estudo histórico). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm>. Acesso em 22 mai. 2015.

BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de direito empresarial**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. reformulada e

atualizada de acordo com a emenda constitucional n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAVALLAZZI FILHO, Tullo. O princípio da função social da propriedade e a empresa privada. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, set.-out., p.57-98, V. 85, 2007.

CAVALLI, Cássio Machado. **Direito comercial: passado, presente e futuro**. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012.

_____. Cássio Machado. **Empresa, direito e economia**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 1 v.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano XXV (nova série), n. 63, p. 71-79, jul.-set., 1986.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 2. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. 8 v.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

LAMY FILHO, Alfredo. **A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização**. Revista de Direito Administrativo. Editora FGV e Editora Fórum, v. 190, 2015.

MARTINS FILHO, Giovani Magalhães. O provável confronto entre alberto asquini e ronald coase: uma análise dos perfis da empresa a partir da teoria da firma. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI: 2010**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3353.pdf>>. Acesso em: 24 mai. 2015.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1 v.

REALE, Miguel. **Visão geral do projeto de código civil**. Disponível em: <<http://>

www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>. Acesso em 08 jun. 2015.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. Vol 1. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, 1 v.

_____. **Instituições de direito civil**. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, 3 v.;

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009a.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009b.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; _____ . **Problemas de direito constitucional / Gustavo Tepedino (coordenador)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TOMAS E VICIUS FILHO, Eduardo. **A função social da empresa**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 810, p.33-50, abr. 2003.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 1 v.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial 1**. São Paulo: Malheiros, 2004.

ZYLBERSZTAJN, Decio. Sztajn, Rachel. **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. São Paulo: Elisier. Selo Jurídico: Campus. 2005.

Artigo recebido em: 06.7.2015

Revisado em: 23.08.2015

Aprovado em: 20.09.2015