

**EMPRESA, EMPRESÁRIO E
ESTABELECIMENTO: TRINCA VINCULANTE À
FUNÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE EMPRESARIAL**

**COMPANY, ENTREPRENEUR AND ESTABLISHMENT:
BINDING RELATIONSHIP TO THE SOCIAL FUNCTION OF
BUSINESS ACTIVITY**

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR. Professora permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília – Unimar e do Programa de Mestrado em Direito e Cidadania da Universidade Paranaense – Unipar. Advogada. *E-mail:* jussara@bflaw.adv.br.

André Francisco Cantanhede de Menezes

Doutorando em Direito pela Universidade de Marília – Unimar. Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional pela Universidade de Taubaté – Unitau. Pós-Graduado em Direito Ambiental e Direito e Processo Penal e Graduado em Direito pela Faculdade de Imperatriz – Facimp. Professor universitário na Universidade Federal do Maranhão – UFMA e na Universidade Estadual do Tocantins – Unitins. Advogado. *E-mail:* andrefcmenezes@gmail.com.

Resumo: A partir da atual conformação da função social da empresa, considerada a relação entre direito e economia e dada a funcionalidade do direito no Estado Pós-Social, objetiva-se investigar sobre quem ou o que há de recair a função social, apta a conciliar a liberdade de iniciativa e a propriedade privada de um lado, e os interesses sociais, de outro. Adotou-se o método dialético com abordagem qualitativa, de modo exploratório, por levantamento bibliográfico e delineamento a partir da verificação documental. Constatou-se que a ordem econômica impõe novas posturas àquele que nela queira praticar a livre iniciativa, pelo que, ante as balizas constitucionais, não só à empresa (atividade) recai o dever de cumprir uma função social, pois esta está imbricada também em relação ao empresário (sujeito) e ao estabelecimento (complexo de bens organizado), formando-se uma trinca vinculante.

Palavras-chave: Atividade empresarial. Empresa. Empresário. Estabelecimento. Função social.

Abstract: From the current conformation of the social function of the company, considering the relationship between Law and Economics and given the functionality of Law in the post-social State, aims to investigate who or what is to fall into the social function, able to reconcile freedom of initiative and private property on the one hand, and social interests on the other. The dialectical method was adopted with a qualitative approach, in an exploratory way, by bibliographical survey and delineation from the documentary verification. It was found that the economic order imposes new positions on

those who want to practice free enterprise, so that, before constitutional balances, it is not only the business (activity) that has the duty to fulfill a social function, since it is also imbricated in relation to the entrepreneur (subject) and to the establishment (complex of organized goods), forming a three of a kind binding.

Keywords: Business activity. Company. Businessman. Establishment. Social role.

Sumário: **1** Introdução – **2** A atual conformação do instituto *função social da empresa* – **3** Necessária releitura – **4** Função social da atividade empresarial – **5** Conclusão

1 Introdução

Da relação entre economia e direito, pertinente analisar como as mudanças econômicas implicam a necessidade de novos arranjos normativos, notadamente, no que se refere à influência daquelas modificações na consecução de elementos constitucionais de transformação social. O legislador ordinário brasileiro, ao vislumbrar modificações no mercado advindas de novas conformações do sistema capitalista, houve por bem abandonar a teoria dos atos de comércio para, com inspiração no arcabouço legal e doutrinário italiano e não olvidando as balizas constitucionais de 1988, sobretudo acerca da ordem econômica, adotou, no Código Civil de 2002, a nominada teoria da empresa. Por meio desta, afora se cuidar de certas atividades (as de mercancia), passou-se a disciplinar uma forma específica de produzir ou circular bens ou serviços.

Essa nova roupagem, materializada no art. 966 e seguintes do CC, traz que empresa corresponde à atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, exercida profissionalmente por um sujeito, o empresário. Este poderá ser uma pessoa física (empresário individual) ou uma pessoa jurídica (empresa individual de responsabilidade limitada ou sociedade empresária) que para desempenhar seu mister se valerá do estabelecimento, ou seja, todo complexo de bens organizado, para o exercício da empresa.

Não obstante a atividade empresarial estar inserida em um regime econômico de livre iniciativa e de liberdade de concorrência, há de se equalizar o individualismo empresarial ante os interesses da coletividade. Uma forma de o Estado exercer esse poder-dever, para atender em especial ao art. 170, da Constituição, ocorre por meio da exigência da hoje nominada função social da *empresa*. Ela reclama que a atividade empresarial, não obstante seu fim precípua que é o lucro, seja harmonizada com o interesse da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres, positivos e negativos.

Fixada essa definição, não se olvida que, no Estado Social Democrático de Direito, a ordem econômica implica, àquele que nela queira praticar a livre iniciativa,

novas posturas, em especial externas aos limites intrínsecos da atividade econômica exercida. Nisso, há concordância.

Tela outra se coloca neste trabalho, pois, dada a conformação acima esboçada acerca da hoje chamada função social da *empresa*, e apesar de incontestada a necessidade de se imprimir à atividade empresarial uma função social, há de se repensar como isso ocorre e ao que está vinculada, revisitando-se paradigmas pretéritos considerada a simbiose entre direito e economia. Ademais, consabido é que termos técnicos do direito, sobretudo *empresa*, são usados de modo impróprio na linguagem cotidiana, notadamente, pelo senso comum. Assim, considerada a funcionalidade do direito no bojo do Estado Pós-Social, tem-se o seguinte problema de pesquisa: o dever de observar uma função social recai isoladamente sobre a empresa (atividade), o empresário (sujeito) ou sobre o estabelecimento (complexo de bens organizado), ou, ainda, paralelamente a todos estes três, ao mesmo tempo, vinculando-os ao seu mister social?

Justifica-se esta pesquisa, pois, em suma, além de se enfrentar o uso impróprio de termos técnicos, seguindo-se, de certo modo, a teoria crítico-estruturalista, há a premente necessidade de estudos com escopo de rever concepções tradicionais enraizadas no direito empresarial. Notadamente, quando estas têm reflexo à (des)obediência a primados constitucionais. Desse modo, objetiva-se, no contexto empresarial e a partir de uma releitura àquilo posto, discutir sobre quem ou o que há de recair a função social, a fim de conciliar a liberdade de iniciativa e a propriedade privada de um lado, e os interesses sociais, de outro.

Trata-se de pesquisa de caráter exploratório, com abordagem qualitativa e delineamento a partir da verificação documental. Ainda, utiliza-se o método dialético de modo a pôr em colidência correntes em sede desta temática, analisando e esvaziando os fundamentos antagônicos.

No desenvolvimento se discorre, em especial, sobre a atual conformação do instituto da função social da empresa, imprecisões terminológicas e qualitativas e conteúdo de um enunciado acerca da função social da atividade empresarial, agora, sob nova roupagem.

2 A atual conformação do instituto *função social da empresa*

Além da sempre presente e imbricada relação entre direito e economia, moldou-se ao longo dos anos, sobretudo por conta do fortalecimento do constitucionalismo, uma nova postura acerca do tratamento das relações privadas consideradas isoladamente e, mais ainda, quando analisadas junto ao contexto coletivo. Essa constitucionalização do direito civil trouxe uma forte carga axiológica, sendo isto mais sensível sob o manto da Constituição de 1988, ante sua

vocação para a tutela social, pelo que, entre outros aspectos, “ganha relevo a questão da função social na cena jurídica”.¹

Tendo como marco a Constituição de Weimar de 1919, “as discussões a respeito da função social da propriedade e da empresa iniciaram-se ainda na segunda metade do século XIX, intensificando-se depois da positivação do princípio pelas primeiras constituições sociais”.²

No que concerne à chamada função social da empresa na forma que hodiernamente está posta, infere-se que a doutrina aponta ter ela derivado, inicialmente, da teoria da função social da propriedade, esta, materializada atualmente no art. 5º, XXII, da Constituição,³ conforme anotam, por exemplo, Comparato,⁴ Diniz,⁵ Oliveira Filho,⁶ Lopes⁷ e Teixeira.⁸ Nessa linha, a propriedade – notadamente, dos bens de produção, da titularidade de participações societárias e do poder de organização e controle – deveria ser exercida de modo voltado à coletividade e não em benefício do seu titular.

Consta ainda que a função social da empresa decorre também do reconhecimento da função social do contrato, haja vista o conteúdo normativo do art. 421, do Código Civil.⁹ Assim, a liberdade de contratar haveria de ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato, “revitalizando-o para atender a interesses sociais, limitando o arbítrio dos contratantes, para tutelá-los no seio da coletividade, criando condições para o equilíbrio econômico-contratual”.¹⁰

Não obstante esses dois marcos legais (Constituição e Código Civil) mais recentes, a noção de função social da empresa remonta àquilo que rezam os arts. 116,

¹ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Função social e função ética da empresa. *Revista Jurídica da UniFil*, ano II, v. 2, n. 2, p. 67-85, 2005. p. 68.

² LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *A função social da empresa na Constituição de 1988*. Função social do direito. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 11.

³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 27 nov. 2018.

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, v. 732, p. 38-46, 1996. p. 38.

⁵ DINIZ, Maria Helena. Importância da função social da empresa. *Revista Jurídica – Unicuritiba*, Curitiba, v. 2, n. 51, p. 387-412, 2018. p. 394.

⁶ OLIVEIRA FILHO, João Glicério de. *Fundamentos jurídicos da função social da empresa*. 2008. 147 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador, 2008. p. 109.

⁷ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *A função social da empresa na Constituição de 1988*. Função social do direito. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 12-17.

⁸ TEIXEIRA, Tarcísio. *Direito empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 229.

⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 27 nov. 2018.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. Importância da função social da empresa. *Revista Jurídica – Unicuritiba*, Curitiba, v. 2, n. 51, p. 387-412, 2018. p. 394.

parágrafo único, e 154, ambos da Lei nº 6.404/1976¹¹ (Lei das Sociedades Anônimas). Já em 1976 se atribuía aos controladores e administradores da atividade responsabilidades pelo cumprimento da função social da empresa. Assim, para efeitos dessa lei, a função social da empresa consistiria no “exercício pelo administrador da sociedade por ações das atribuições legais e estatutárias para a consecução dos fins e do interesse da companhia, usando do seu poder de modo a atingir a satisfação das exigências do bem comum”.¹²

A esse respeito some-se o que aduz Tomasevicius Filho,¹³ para quem “a função social da empresa constitui 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”.

Sob outro enfoque, afirma Zanoti¹⁴ que “quando a empresa cumpre, em termos sociais, apenas o que está previsto no direito positivado, em seus estritos limites, ela tem uma visão eminentemente legalista, a que se atribui o nome de função social”. Justamente por isso, não se usa, nesse contexto, a expressão *solidariedade*.

Apregoa Santiago:

A função social da empresa limita a vontade e o interesse dos detentores do capital, substituindo o poder arbitrário do dono do negócio pelo equilíbrio que deve passar a existir entre as forças que cooperam para o desenvolvimento das finalidades empresariais. Trata-se, assim, como no caso da função social do contrato, de submeter o interesse particular ao interesse social.¹⁵

Descortinando-se como um aspecto mesmo que brando de intervenção estatal, unívoco que aquele instituto jurídico se apresenta, hodiernamente, como ferramenta para mitigar a livre iniciativa empresarial e o exercício desta. Observado, sobretudo, o art. 170 da CF, a função social reclama que a atividade empresarial, não obstante seu fim precípua que é o lucro, seja equacionada com o interesse da sociedade, a partir de deveres positivos e negativos.

¹¹ BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 15 dez. 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm. Acesso em: 27 nov. 2018.

¹² DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2-4.

¹³ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 810, n. 92, p. 33-50, abr. 2003.

¹⁴ ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. *A função social da empresa como forma de valorização da dignidade da pessoa humana*. 2006. 241 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Marília – Unimar, 2006. p. 99.

¹⁵ SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *Princípio da função social do contrato*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 113.

3 Necessária releitura

Esboçada a quadra atual, antes de expor os pontos indicativos da discórdância para com a conjuntura posta (ter-se uma chamada função social da *empresa*), assenta-se, senão o aparente equívoco técnico ao se querer dar aos termos *empresa*, *empresário* e *estabelecimento*, por exemplo, a mesma significância, entende-se que o instituto da função social no contexto da atividade empresarial merece ser revisitado, pois, o direito empresarial se coloca em uma nova posição, qual seja, a de instrumento de transformações econômicas e sociais.

Isso se justifica, pois, seguindo-se, de certo modo, a teoria crítico-estruturalista de Salomão Filho,¹⁶ há a premente necessidade de estudos com escopo de rever concepções tradicionais enraizadas no direito empresarial. Outrossim, tratando-se de funcionalização de institutos clássicos do direito privado, há de se zelar pelos primados constitucionais que regem a matéria, sobretudo, porque o instituto da função social limita o gozo de direitos também com assento constitucional, por exemplo, propriedade e livre iniciativa.

O tema em questão é indicativo de consequências que ultrapassam a individualidade, haja vista que, se a função é social, guarda liame com os interesses da coletividade (transindividualidade). Em outras palavras, é certo que cada sujeito funciona para si. Também pode esse sujeito ter de funcionar considerada a coletividade em que está inserido, em prol dela ou mesmo não a afetando, negativamente. Direciona-se, pois, em ruptura ao individualismo, à justiça e ao bem-estar social, segundo as palavras de Farias.¹⁷

3.1 Empresa, empresário e estabelecimento como termos técnicos distintos

O mercado constitui um misto de instituição social, política, econômica e jurídica, haja vista ser criação histórica da humanidade a servir a certos interesses, destinado a regular e manter determinadas estruturas de poder, pautado pelo direito positivo com escopo de satisfazer o processo de acúmulo de capital, sendo que podem nele atuar agentes privados ou públicos.

¹⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Teoria crítico-estruturalista do direito comercial*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 7.

¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direitos reais*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 235-236.

Esta assertiva converge com a lição de Grau,¹⁸ que indica o mercado como princípio de organização social, pois, mais que um lugar onde se praticam relações de troca e comerciais, há de ser visto como uma ideia, ou seja, um projeto político que permite reagrupar uma série de atos, de fatos e de objetos e também, como uma atividade, no sentido de operações econômicas pautadas pela livre competição.

Neste ponto, tem-se, a teor do art. 170 da Constituição da República, que a exploração de atividades econômicas, ou seja, produção dos bens e serviços necessários à vida dos sujeitos em sociedade, há de estar a cargo, primordialmente, da iniciativa privada. É de se dizer, então, que no bojo do sistema capitalista adotado, por força constitucional, tem-se um regime específico pertinente às obrigações do empreendedor privado. Com efeito, da livre iniciativa dos particulares está o mercado à disposição, sendo que o Estado prestará exploração direta da atividade econômica em hipóteses excepcionais, nos termos do art. 173 da Constituição.¹⁹

Como empreendedor privado a exercer a atividade econômica no mercado por meio da livre iniciativa, emerge a figura do *empresário* que, na forma do art. 966, do CC, é o sujeito que, seja pessoa física ou jurídica, exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Nessa definição legal se têm características desse sujeito, destacando-se, sobretudo, o profissionalismo (pois o exercício da atividade não se dá esporadicamente, mas, sim, habitualmente, com monopólio de informações sobre o produto ou serviço objeto de sua empresa) e o exercício de uma atividade econômica, pois com objetivo de gerar lucro.

Em um parêntese, esse sujeito empresário, se pessoa física, exercerá empresa em nome próprio, com unicidade patrimonial e na forma de empresário individual (art. 972, do CC). Entretanto, acaso se queira exercer empresa por meio de uma pessoa jurídica, este novo sujeito empresário poderá ser constituído ou como empresa individual de responsabilidade limitada, conhecida como Eireli (art. 980-A, do CC), ou como uma sociedade empresária (art. 981 e seguintes, do CC); e, desde que, em qualquer uma destas modalidades, proceda-se à inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo (arts. 45, 967, 985 e 1.150, todos do CC).

Isso, pois, cediço que, além de ser obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis – RPEM da respectiva sede, antes

¹⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 27-34.

¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 45.

do início de sua atividade (art. 967, do CC), na forma do art. 45, do Código Civil, começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do instrumento de sua criação (ato constitutivo; contrato social), no respectivo registro público. Valendo-se do art. 1º, da Lei nº 8.934/1994,²⁰ Negrão²¹ afirma que o registro, nesse contexto, tem a finalidade de dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis.

Em outras palavras, assentado está que os sujeitos elencados no art. 44, do CC adquirirão personalidade jurídica a partir do momento em que houver o registro de seus atos constitutivos nos respectivos órgãos específicos (Registro Civil de Pessoas Jurídicas – RCPJ, Junta Comercial ou órgãos de classe), a depender da atividade que desempenharão, pois nem toda pessoa jurídica será um sujeito empresário. Como exemplo disto, indene de dúvidas que uma cooperativa é um tipo de sociedade e pode ser uma pessoa jurídica se houver registro de seu estatuto, mas nunca será sujeito empresário nos termos do parágrafo único do art. 982, do CC e do art. 3º, da Lei nº 5.764/1971.²²

O principal efeito da aquisição de personalidade jurídica, feitas essas parametrizações terminológicas, é a possibilidade de se ter autonomia patrimonial:

Em regra a sociedade responde, para o cumprimento de suas obrigações, com seus bens presentes e futuros. É a chamada responsabilidade primária. Esse conceito também se aplica à empresa individual de responsabilidade limitada. O patrimônio pessoal dos sócios fica sujeito à execução, secundariamente, nos termos do contrato social, de acordo com o que a lei dispuser para o tipo social escolhido. Nas empresas individuais de responsabilidade limitada e nas sociedades limitada e anônima, espécies mais difundidas no meio empresarial, uma vez integralizado o capital social, não há sequer responsabilidade secundária, respondendo unicamente o patrimônio social. Em ambos os casos atende-se ao princípio da autonomia patrimonial. Cada patrimônio responde pelas obrigações assumidas por seu titular.²³

²⁰ BRASIL. Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994. Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 nov. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8934.htm. Acesso em: 27 nov. 2018.

²¹ NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito empresarial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 154.

²² BRASIL. Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 dez. 1971. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5764.htm. Acesso em: 27 nov. 2018.

²³ NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito empresarial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 61.

Veja-se que a partir do momento que um instituidor constitui uma Eireli ou que sócios constituem uma sociedade, e, em ambos os casos, procede-se à inscrição dos atos constitutivos no órgão de registro competente, nascem novos sujeitos (Eireli e sociedade), agora com uma personalidade que é jurídica, diversos estes sujeitos, portanto, daquelas pessoas que os constituíram.

Anota Vido que “a constituição da personalidade jurídica viabiliza a realização de algumas atividades que seriam inexecutáveis sem ela, seja pelo montante investido ou simplesmente pelo risco assumido”.²⁴ Dessa aquisição de personalidade jurídica ressaí o princípio da autonomia de patrimônio: a pessoa jurídica tem patrimônio distinto dos sócios ou instituidor que lhe deram azo.

Justamente neste aspecto (separação de patrimônio) reside a questão em se exercer empresa sob a forma de empresário individual. É que este, desacompanhado de sócios, assume o risco total pela atividade exercida, pois não tem um patrimônio separado para a atividade empresarial e outro para suas obrigações pessoais, já que não existe a constituição de personalidade jurídica. E não se diga que o empresário individual, por poder ser inscrito no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ, tem personalidade jurídica e, conseqüentemente, autonomia de patrimônio. Explica-se.

Os sujeitos empresários podem, se assim quiserem e desde que preenchidos os requisitos legais, enquadrar-se no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional. Essa forma de enquadramento tributário – e, não, empresarial (frise-se isso!) – é regida pela Lei Complementar nº 123/2006²⁵ que, atendendo ao art. 179, da Constituição, traz modalidades de tratamento jurídico diferenciado. Desse modo, o empresário individual pode, facultativamente, requerer seu enquadramento no Simples Nacional, na modalidade de microempreendedor individual. Conforme rezam os arts. 8º e 18-A, pode vir a gozar de um número de CNPJ, conferido não pelo RPEM, mas sim pela Receita Federal. Por isso que, a despeito de poder ter um CNPJ, se enquadrado como microempreendedor individual, o empresário individual (sujeito empresário), em hipótese alguma, adquirirá personalidade jurídica, tampouco, autonomia de patrimônio, haja vista o CNPJ ali somente servir como instrumento de tratamento jurídico diferenciado para fins de simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, atendendo-se a comando constitucional insculpido no art. 179, da Lei Maior.

²⁴ VIDO, Elisabete. *Curso de direito empresarial*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 167.

²⁵ BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 15 dez. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm. Acesso em: 27 nov. 2018.

Expostos esses pontos, alinhava-se que são sujeitos da atividade empresarial e, portanto, podem exercer empresa as seguintes pessoas: empresário individual, empresa individual de responsabilidade limitada e sociedade empresária.

Fechado o parêntese, retomando-se o objeto de fundo, infere-se ainda do mencionado art. 966, do CC, o que significa *empresa*, a saber, nada mais que a atividade econômica organizada exercida profissionalmente pelo empresário. Em outras palavras, no contexto de um mercado e pela boa técnica jurídica, a empresa há de ser entendida como uma atividade de produzir ou fazer circular bens ou serviços, e este ato exercido pelo sujeito é revestido da intenção de gerar lucro (aspecto econômico da atividade) e de modo organizado (forma de concretização). Neste particular, conforme sinalam Coelho²⁶ e Vido²⁷ a organização indica a articulação, pelo empresário, dos fatores de produção, como capital, mão de obra, insumos e tecnologia.

Portanto, empresário e empresa, em que pese serem utilizados pelo senso comum como expressões sinônimas, não o são, pois, caracterizados como termos técnicos, têm significância própria: aquele se refere a uma pessoa que exerce uma atividade, já a empresa é a própria atividade exercida pelo sujeito.²⁸

Acresça-se a essa diferenciação a noção de *estabelecimento*, que, por força do art. 1.142, significa todo complexo de bens organizado, para o exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária. Constitui universalidade de fato, pois se refere à pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, têm destinação unitária, podendo, no dizer de Negrão,²⁹ ser objeto de relações jurídicas próprias.

Essa clara diferenciação conceitual é imprescindível, pois:

Na linguagem cotidiana, mesmo nos meios jurídicos, usa-se a expressão “empresa” com diferentes e impróprios significados. Se alguém diz “a empresa faliu” ou “a empresa importou essas mercadorias” o termo é utilizado de forma errada, não técnica. A empresa, enquanto atividade, não se confunde com o *sujeito de direito* que a explora, o empresário. É ele que fale ou importa mercadorias. Similarmente, se uma pessoa exclama “a empresa está pegando fogo!” ou constata “a empresa foi reformada, ficou mais bonita”, está empregando o conceito equivocadamente. Não se pode confundir empresa com o *local*

²⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 32.

²⁷ VIDO, Elisabete. *Curso de direito empresarial*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 37.

²⁸ DINIZ, Maria Helena. Importância da função social da empresa. *Revista Jurídica – Unicuritiba*, Curitiba, v. 2, n. 51, p. 387-412, 2018. p. 388-390.

²⁹ NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito empresarial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 132.

em que a atividade é desenvolvida. O conceito correto nessas frases é o de *estabelecimento empresarial*; este sim pode ser incendiado ou ser embelezado, nunca a atividade. Por fim, também é equivocado o uso da expressão como sinônimo de *sociedade*. Não se diz “separam-se os bens da empresa e os dos sócios em patrimônios distintos”, mas “separam-se os bens sociais e os dos sócios”; não se deve dizer “fulano e beltrano abriram uma empresa”, mas “eles contrataram uma sociedade”.³⁰

Ademais, para efeitos deste trabalho, inclusive, indispensável se ter em mente que aqueles são termos técnicos distintos, utilizando-os aqui, a partir desta distinção.

3.2 A função social em si

Cediço que o termo *função social* remonta historicamente à Constituição de Weimar de 1919 e ali se relaciona com a propriedade. Hodiernamente, como exemplo mais emblemático deste instituto, tem-se a disposição do art. 5º, XXII, da Constituição Federal que, ao passo que assegura o direito de propriedade, requer do sujeito que o titulariza conduta no sentido de exercê-lo atendendo a sua função social. Mas independentemente deste exemplo específico, insta saber o que é o instituto jurídico da função social em si.

Esmiuçando-se, para Comparato, o termo *função* significa cumprir ou desempenhar algo, pelo que, trazendo isso para o universo jurídico, serviria ele para designar “a finalidade de um instituto, ou seja, um bem ou valor em razão do qual existe, segundo a lei, esse conjunto estruturado de normas [ou] num sentido mais abstrato, como atividade dirigida a um fim e comportando, de parte do sujeito agente, um poder ou competência”.³¹

Aliado ao termo *social*, tem-se a indicação de que algo há de ser desempenhado em benefício da coletividade.

Sem pretensão de tecer magistério sobre este tema, mas apenas com escopo de subsidiar a construção argumentativa que se põe, toma-se que a função social, compreendido o direito como sistema aberto, é, para além de uma cláusula geral, um princípio com assento constitucional que serve para orientar a interpretação e aplicação das demais normas do ordenamento jurídico.

³⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 31.

³¹ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, v. 732, p. 38-46, 1996. p. 40-41.

Assim, pode-se delinear que a função social é o dever imposto a um sujeito perante a coletividade, no sentido de que, extrapolando-se o aspecto individualista do nascedouro e gozo de um direito ou bem, a este cenário se acresçam contornos fraternais, a apontar transindividualidade, reclamando-se uma respectiva obrigação com assento de responsabilidade, sobretudo, socioeconômica, e conduta em prol do coletivo. Também incide a função social de modo a qualificar uma coisa, relação jurídica ou instrumento jurídico, utilizados por um sujeito. Ela é fruto de uma funcionalização do direito no ambiente do Estado Social com ressignificação de institutos jurídicos individuais a par de valores e reclamos de justiça social, equilibrando-se interesses individuais com necessidades da coletividade.³²

3.3 Imprecisão da expressão função social da empresa

Conforme apregoadado no tópico anterior, a nominada função social da empresa deriva da função social da propriedade e da função social do contrato. Impende dar nova roupagem à compreensão e aplicação da função social a esses institutos, pois são antecedentes e orientadores da questão empresarial, a qual se promove a releitura, a fim de atingir o objetivo deste estudo.

A propriedade é definida, segundo Diniz, “como sendo o direito que a pessoa natural ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar e dispor de um bem corpóreo ou incorpóreo, bem como reivindicá-lo de quem injustamente o detenha”.³³ Reza a Constituição que a propriedade atenderá a sua função social (art. 5º, XXIII), ao passo que o Código Civil apregoa que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais (art. 1.228, §1º).

Verifica-se, então, que a melhor leitura desses dispositivos normativos é aquela que indica ao sujeito titular da propriedade que, ao exercer ele o uso, gozo, fruição e disposição de um bem, faça-o não só pautado em interesses pessoais específicos, mas com olhar também aos reflexos ao bem-estar social. A propriedade, por si só, não age. Mas quem a titulariza, ao que dela se valer, age e pode trazer benefícios ou prejuízos à coletividade. Ademais, a propriedade se refere a um bem, móvel ou imóvel, quantificável, sobretudo, pecuniariamente. Então, não apenas aquele direito em si (propriedade) é que tem o encargo de funcionar socialmente, pois também os têm o aspecto econômico que lhe representa (bem) e o sujeito que deles se vale.

³² OLIVEIRA FILHO, João Glicério de. *Fundamentos jurídicos da função social da empresa*. 2008. 147 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador, 2008. p. 68.

³³ DINIZ, Maria Helena. *Manual de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 330.

Diniz afirma ainda que contrato “é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”.³⁴ Dessa forma, sendo o contrato o instrumento fruto da vontade das partes, apto a regular relações jurídicas, prudente seria falar que essas partes, ao se utilizarem de um contrato (ferramenta), devem ter em mente seus interesses particulares, como também empregar antes, durante e depois da formalização da avença o poder-dever que sobre estes sujeitos recai voltado à consecução do bem-estar social.

O contrato, por si só, não modifica a realidade jurídica, pois ele nasce, se desenvolve e é executado por sujeitos, na forma da autonomia de suas vontades (*animus*) que os levou a exercer a liberdade de contratar. São os contratantes (agentes) que, ao lado do próprio contrato, também funcionando socialmente, empregam a ele elementos de efetividade socioeconômica a si e à coletividade. Nessa mesma toada, o bem ou relação jurídica objeto do contrato também se presta a esse fim. Sob esta perspectiva, “a função social do contrato de sociedade e a da propriedade empresarial busca a boa-fé objetiva do empresário (individual ou coletivo), a transparência negocial e a efetivação da justiça social”.³⁵

Evidencia-se, pois, uma tendência natural e quase instantânea de vinculá-la à propriedade, inclusive de bens e meios de produção, bem como à socialidade funcional dos contratos, materializada no art. 421, do CC. Para justificar esse raciocínio, sinala-se:

[...] uma vez que a empresa está inserida na ordem econômica como agente organizador da atividade produtiva e gestora de propriedades privadas, conclui-se que a limitação constitucional, que condiciona a livre iniciativa e a propriedade a uma função social, repercute diretamente na empresa, impondo-lhe também uma função social à semelhança do que ocorre com o contrato.³⁶

Nessa linha de raciocínio, aplicada aos antecedentes, e levando-se em conta que neste trabalho função social é entendida como um fazer (poder-dever) qualificador (característica) a recair sobre um agente (sujeito), coisa (bem) ou direito ou relação jurídica, somente a empresa (leia-se: atividade econômica organizada) desempenharia, portanto, função social? A resposta é desenganadamente negativa.

³⁴ DINIZ, Maria Helena. *Manual de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 163.

³⁵ DINIZ, Maria Helena. Importância da função social da empresa. *Revista Jurídica – Unicuritiba*, Curitiba, v. 2, n. 51, p. 387-412, 2018. p. 395.

³⁶ AZEVEDO, Marcelo Candido de. O princípio da função social e o direito de empresa: algumas considerações. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 8, n. 15, p. 35-57, jul./dez. 2008. p. 50.

Com efeito, a empresa, para realizar a sua função social, deve compatibilizar os interesses próprios (individuais e privados), com os interesses coletivos, uma vez que o Estado, por si só, não tem condições de realizar todas as necessidades sociais. Nessa linha, Diniz assenta que “pela teoria da função social da empresa, o empresário e a sociedade empresária deverão ter o poder-dever de, no desenvolvimento de sua atividade, agir a serviço da coletividade”.³⁷

Contudo, nessas três definições acima colacionadas, respectivamente, há incompletudes. Na primeira definição, não é a empresa que funciona, isolada e exclusivamente, como agente organizador da atividade produtiva, pois ela, a empresa, atividade já o é, não consistindo em um sujeito. Por óbvio que se reconhece, sobretudo, seguindo-se o que apregoa Coase ao se referir à firma, que esta representa “forma alternativa à organização da produção através das transações de mercado”.³⁸ Todavia, o que aqui se diz é que não só a empresa se presta a esse fim, pois, por exemplo, o empresário também executa esse mister. Na segunda, não é à empresa (atividade) que se atribui interesses próprios, pois o sujeito que a exerce também os têm. E, na terceira, o poder-dever de agir a serviço da coletividade não recai exclusivamente sobre a empresa, pois esta é instrumento para que alguém, além do natural lucro, busque efetivar fins outros, sobretudo, ligados à justiça social. Há, assim, nítido uso impróprio do termo *empresa*, portanto, empregado como sinônimo de empresário e estabelecimento, excluindo a relevância destes.

Uma crítica aqui merece ser consignada e é dirigida, inicialmente, ao legislador. Toda esta confusão que se pode identificar a respeito do uso de termos técnicos de modo impróprio na seara do direito, inclusive, o empresarial, deve-se à debilidade do ato de legislar no que concerne à sua qualidade. Exemplificando, o Código Civil traz a definição de empresário, mas a empresa ali não é indubitavelmente definida. A Lei nº 6.404/1976 apregoa, em seu art. 2º, de um lado e utilizando corretamente a tecnicidade, que pode ser objeto da companhia (companhia é o sujeito empresário que se está a criar) qualquer empresa (atividade) de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes. Contudo, essa mesma lei, de outro lado, no seu art. 8º, traz acerca do capital social, que a avaliação dos bens será feita por 3 (três) peritos ou por empresa especializada, nomeados. Essa expressão *empresa especializada* na forma ali utilizada

³⁷ DINIZ, Maria Helena. Importância da função social da empresa. *Revista Jurídica – Unicuritiba*, Curitiba, v. 2, n. 51, p. 387-412, 2018. p. 394.

³⁸ COASE, Ronald. O problema do custo social. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, v. 3, n. 1, 2009. p. 14. Disponível em: <https://services.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1035&context=lacjls>. Acesso em: 20 dez. 2018. (Original publicado em outubro de 1960 no *Journal of Law and Economics*).

indica, erroneamente, sujeito empresarial. Vê-se, portanto, que inúmeras leis não se prestam a resolver um problema quando estes instrumentos legais têm baixa densidade e qualidade normativa.

Alie-se a isso o descuido dos intérpretes e aplicadores do direito que, mesmo conscientes da necessidade de diferenciação de institutos jurídicos, continuam a utilizá-los como se uns fossem sinônimo dos outros. Cria-se uma miscelânea de termos diferentes para significados tidos como iguais, quando, na verdade, essa vastidão de expressões se presta a caracterizar cada coisa, sujeito e instituto de *per si*, justamente para evitar confusão.

Em continuidade, traz-se outro exemplo a afastar que a função social se vincule estritamente à empresa: supõe-se um caso concreto em que houve descumprimento do dever de realizar a função social, a *responsabilidade* incidirá sobre a empresa ou sobre o empresário?

Para responder a essa pergunta, rememora-se que, no escopo do direito empresarial, a empresa é uma atividade e, apesar de objeto de direitos como há muito sustentado por Requião,³⁹ não carrega consigo a qualidade de ser sujeito de direitos. Ratifica isso, segundo Diniz, que “o Código Civil identifica a empresa como atividade econômica organizada desenvolvida pelo empresário; logo, não é sujeito de direito, não tendo personalidade jurídica. Sujeito de direito é o empresário individual ou coletivo, titular da empresa”.⁴⁰ Nesse mesmo sentido é a lição de Coelho.⁴¹

Não se desconhece, contudo, a corrente doutrinária, encabeçada por Bulgarelli, que sustenta ser a empresa sujeito de direito econômico.⁴² Isso, pois ela, no bojo do direito econômico (e não empresarial, portanto), ao se qualificar como agente econômico ou unidade econômica de dispêndio, poderá gastar recursos disponíveis, produzir bens e serviços e escolher como agir economicamente. A empresa seria um organismo, um ente capaz de praticar a ação econômica, não se confundindo com esta. É sujeito do ato econômico e deve ser sujeito do ato jurídico, embora o direito positivo de alguns países, incluindo o Brasil, não o adote como tal. Nesse sentido se têm as lições de Souza,⁴³ Sousa,⁴⁴ Vaz⁴⁵ e Despax.⁴⁶

³⁹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 60.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. Importância da função social da empresa. *Revista Jurídica – Unicuritiba*, Curitiba, v. 2, n. 51, p. 387-412, 2018. p. 366.

⁴¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 12.

⁴² BULGARELLI, Waldírio. *A teoria jurídica da empresa*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 47.

⁴³ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 29.

⁴⁴ SOUSA, Fábio Torres de. A empresa e o direito econômico. *Boletim Jurídico*, jan. 2005. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1662>. Acesso em: 15 mar. 2019.

⁴⁵ VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 481.

⁴⁶ DESPAX, Michel. *L'entreprise et le droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957. p. 414.

Retomando-se, em um breve parêntese ilustrativo, veja-se que se espera que a empresa seja preservada (princípio da preservação da *empresa*) no caso de má gestão pelo sujeito empresário, pois a ordem econômica vigente reclama que a atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços se apresente como instrumento ao funcionamento do mercado em um sistema capitalista. Diferente disso é exigir que este instrumento (empresa) tenha, isolada e exclusivamente – em detrimento, por exemplo, do empresário e do estabelecimento –, por si e em seu nome, função social.

Desse modo, o sujeito empresário, seja ele empresário individual, Eireli ou sociedade empresária, é quem figura como titular do poder-dever de *responder* pelo eventual descumprimento de uma função social.

A esta altura, “é imperioso reconhecer, por conseguinte, a incongruência em se falar numa função social da empresa”:⁴⁷ além da *empresa* (atividade) em si, considerada a noção de finalidade social de direitos subjetivos, o sujeito *empresário* também deve funcionar socialmente (não apenas individualmente), utilizando-se da empresa como meio para isso, assim como o complexo de bens organizado a ela correlatos (*estabelecimento*) são mecanismos para que aquele sujeito implemente não só os interesses seus e dos sócios, mas também os da coletividade.

Delineada essa quadra e dado o referencial teórico utilizado, um registro se mostra necessário. Este consiste, primeiramente, em assentar que não se desconhece que a partir do século XX o ideário do exercício de atividade econômica organizada por empresário não estava circunscrito à propriedade de bens de produção, pois à questão interessava também a figura dos controladores e administradores, por exemplo. Alargado, pois, o princípio da função social da *empresa* (já refutado na sua forma de outrora) para então se reconhecer a “existência do poder controle e da dissociação entre este e a propriedade”,⁴⁸ por exemplo.

Essa noção ganhou relevo com a obra de Comparato,⁴⁹ para quem:

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

⁴⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, v. 732, p. 38-46, 1996. p. 45.

⁴⁸ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *A função social da empresa na Constituição de 1988*. Função social do direito. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 16.

⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 34.

Esse autor trata, quando da análise da grande sociedade anônima, de um controle com similitude a “se atribuir um poder soberano de gestão aos administradores, ainda que sustentados tão-só por uma minoria acionária”.⁵⁰ Esse poder de controle é classificado por Comparato como interno ou externo, a saber:

No primeiro caso, o titular do controle atua no interior da sociedade (*ab intus*) lançando mão dos mecanismos de poder próprios da estrutura societária, notadamente a deliberação em assembleia. No segundo, o controle pertence a uma ou mais pessoas, físicas ou jurídicas que não compõem qualquer órgão da sociedade, mas agem de fora (*ab extra*).⁵¹

Contudo – e aqui se tem o segundo ponto do registro –, o poder-dever de controle ou uma chamada função social de controle nos moldes acima estabelecidos restam, na perspectiva deste trabalho, superados.

Justifica-se isso, pois, a uma, nítido que o poder de controle não é definido pelo ordenamento jurídico brasileiro, haja vista se ter na legislação (art. 116 da Lei nº 6.404/76) apenas a definição do que é acionista controlador. Com efeito:

tanto a doutrina quanto a jurisprudência definem o poder de controle como uma situação de fato, identificando diversas formas para sua obtenção. [...] Desta forma, conclui-se que o poder de controle possui desdobramentos merecedores de aprofundados estudos.⁵²

De modo mais específico, a duas, some-se que Comparato, ao estudar as sociedades empresárias (uma das possíveis formas de ser sujeito empresário, e, portanto, este trabalho já é mais abrangente), relaciona-as ao poder de controle na sociedade anônima, apenas, “na medida em que acaba por desenvolver toda uma teoria em torno do relacionamento entre aqueles que possuem o bloco de ações com maioria de votos na assembleia da companhia e os que devem se submeter à sua vontade, os minoritários”.⁵³ Entretanto, sócios (majoritários ou minoritários) no caso das sociedades sejam elas quais forem, ou mesmo o instituidor no caso

⁵⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 69.

⁵¹ COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 34.

⁵² MIRANDA, Giane Silva; TUDISCO, Maria Amélia Marchesi. O poder de controle na sociedade anônima. *Universitas*, n. 14, 2015. p. 145-146.

⁵³ BERTOLDI, Marcelo M. O poder de controle na sociedade anônima: alguns aspectos. *Scientia Iuris*, v. 7, p. 51-74, 2003. p. 52.

da Eireli, não se confundem, como já explicado, com o empresário. Este, sim, sujeito de direitos e deveres.

Portanto, até podendo se falar em poder de controle, como poder que é, há de ser visto de modo uno e indivisível, pertencente apenas ao sujeito empresário, e não aqueles que o constituíram (sócios ou instituidor) ou estão a representá-lo (administradores/controladores). Estes, por força de lei, só exercem esse mister pela vontade (controle) do sujeito empresário (art. 966, do Código Civil), que delega a eles um fazer (arts. 653, 1.010, e, em especial, 1.169 e 1.172, todos do Código Civil).

Dito isto, rememora-se que aqueles três institutos (empresa, empresário e estabelecimento) são, portanto, permeados da exigência de observarem uma função social.

4 Função social da atividade empresarial

Após a releitura proposta, adota-se todo o arcabouço, em especial axiológico, utilizado para delinear a então nominada função social da empresa. Toda a construção formulada, e que se presta a identificar que há de se ter no seio empresarial uma postura extra à atividade econômica em si, é indiscutivelmente válida e útil. Contudo, esse substrato se presta agora, salvo melhor juízo, a lastrear o que se propõe que deva ser entendido como função social da *atividade empresarial* (e não, da empresa), conforme acima já amplamente debatido, edificado sob os três eixos principais daquela temática, a saber, a empresa, o empresário e o estabelecimento.

Alinhavando-se, de fato a *empresa* (atividade) há de ser qualificada por sua função social. Note-se que ela, frisa Justen Filho, “é o meio de organizar a atividade econômica segundo parâmetros de racionalidade”.⁵⁴ Alia-se a isso o que se extrai da lição de Teixeira, pois se identifica que a empresa é fonte produtora de bens e serviços, permite a geração de empregos, dá condições de subsistência financeira e ocupacional ao empresário e sócios, pode ser instrumento de desenvolvimento da comunidade que está à sua volta, tem relevância ante a arrecadação de tributos e pelo necessário respeito ao meio ambiente e aos consumidores.⁵⁵

⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, ordem econômica e constituição. *Revista de Direito Administrativo*, v. 212, p. 109-133, 1998. p. 109.

⁵⁵ TEIXEIRA, Tarcísio. *Direito empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 173.

No que concerne a qualificar o *empresário* imprimindo-lhe função social, em uma simples analogia com o direito administrativo, se ali o Estado goza de interesse primário e secundário, para o direito empresarial, em especial considerado o diálogo entre direito e economia, assente que o sujeito empresário também tem interesse primário e secundário. Afirma Comparato que há interesses internos e externos, pois há os das pessoas que contribuem diretamente para o funcionamento da atividade, como os capitalistas e os trabalhadores, mas também os interesses da comunidade em que ela atua.⁵⁶

O interesse primário, entendido como função precípua, seria então representado pelo anseio do sujeito empresário em, ao se utilizar da empresa, ter uma organização produtora de lucros. Já o interesse secundário reflete a necessidade de se cumprir, quer por espontânea vontade, quer por imposição legal ou quer por uma questão de efeito proativo perante a comunidade fornecedora e consumidora, aquilo que se impõe a título de intervenção na ordem econômica como elemento mitigador à livre iniciativa – função social.

Ao se identificar que é o sujeito empresário que tem e deve, ao lado da empresa, exercer função social, este, para além de um dever burocrático de cumprimento da lei, deve fazer uma *escolha social* pautada pela modificação de seu *comportamento individual*. Utilizar a *razão* para identificar e promover sua *ampliação informacional* é medida que se impõe para se chegar a critérios coerentes e consistentes para a *avaliação social e econômica* com escopo de justiça social. Com efeito, a necessidade de ir além das regras de mercado ganha relevo se considerada a proteção aos empregados, ao consumidor, aos contratos e ao meio ambiente.⁵⁷

Tal qual aponta Comparato,⁵⁸ o sujeito empresário tem deveres negativos, sendo estes decorrentes da aplicação do princípio geral *neminem laedere*. Todavia, tem também deveres positivos, por exemplo: desempenhar sua atividade com dignidade, moralidade e boa-fé empresarial e com responsabilidade social; guardar ética em suas múltiplas transações; afastar-se de práticas de corrupção e aproximar-se da *compliance* e *accountability*; participar como *stakeholder* da concretização de políticas públicas e programas de inclusão social; promover externamente a preservação do meio ambiente físico, laboral e cultural, e ter em mente que sua função social, à vista dos mandamentos constitucionais, há de servir como bússola a orientar seu exercício de empresa.

⁵⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, v. 732, p. 38-46, 1996. p. 44.

⁵⁷ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 318-342.

⁵⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, v. 732, p. 38-46, 1996. p. 42-45.

Ainda, o *estabelecimento* se mostra como objeto de direitos a se revestir de função social, pois, parafraseando Frazão,⁵⁹ complexo de bens organizado de que dispõe o empresário para o exercício da empresa não pode estar comprometido tão somente com os interesses dos sócios, mas também com os interesses da coletividade. É a relativização da propriedade, em si.

Em outras palavras, a razão de o Estado intervir na economia e, assim, exigir uma função social do sujeito empresário que pratique a empresa utilizando-se do estabelecimento, justifica-se, conforme sinala Ferreira, na medida em que essa intervenção funcionaliza institutos clássicos do direito privado: a livre iniciativa permanece assegurada, mas com limitações e mitigações à autonomia privada, à propriedade (sobretudo, dos bens de produção) e aos contratos e demais institutos e relações jurídicas correlatos, temperando-os com valores sociais com assento constitucional informadores da ordem econômica.⁶⁰ A liberdade de iniciativa, exercida pelo sujeito, pela própria atividade (empresa) e com o complexo de bens organizado (estabelecimento), é legítima enquanto manejada no interesse da justiça social.

5 Conclusão

Tomando-se por base noções vinculadas à propriedade e aos contratos, edificou-se argumento no sentido de que a atividade empresarial deve objetivar, além do natural lucro, cumprir com princípios da ordem econômica constitucional em prol da comunidade que lhe rodeia. Essa postura, da qual não se discorda, hoje é nominada como função social da *empresa*. Contudo, dada a debilidade de uso de termos técnicos do direito e assente que este, especialmente na seara empresarial, é instrumento de modificações econômicas e sociais, houve por bem se revisar conceitos tradicionais ali enraizados, formulando-se uma crítica estruturalista àquele instituto, tal qual como posto.

À vista do problema de pesquisa deste estudo, perquiriu-se, na seara empresarial, quem ou o que exerce função social. Isso com vista a verificar se somente a empresa, enquanto uma atividade e à literalidade do termo, deve observar uma função social ou se este instituto se presta a permear outros matizes.

Certo é que a função social é o dever imposto a um sujeito perante a coletividade, no sentido de que, extrapolando-se o aspecto individualista do nascedouro

⁵⁹ FRAZÃO, Ana. Função social da empresa. In: COELHO, Fábio Ulhoa; ALMEIDA, Marcus Elidius Micheli de (Coord.). *Enciclopédia jurídica da PUCSP – Direito comercial*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018. p. 5.

⁶⁰ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Função social e função ética da empresa. *Revista Jurídica da UniFil*, ano II, v. 2, n. 2, p. 67-85, 2005. p. 68-71.

e gozo de um direito ou bem, a este cenário se acresçam contornos fraternais a apontar transindividualidade, reclamando-se uma respectiva obrigação com assento de responsabilidade, sobretudo, socioeconômica, e conduta em prol do coletivo. Também incide a função social de modo a qualificar uma coisa, relação jurídica ou instrumento jurídico, utilizados por um sujeito.

Desta feita, imperioso se reconhecer incongruência em se falar numa função social estritamente da *empresa*. É que além desta atividade em si, considerada a noção de finalidade social de direitos subjetivos, o sujeito *empresário* também deve funcionar social e não apenas individualmente, assim como o complexo de bens organizado (*estabelecimento*).

Não tem a função social por fim tornar a atividade empresarial mero instrumento para a consecução de fins sociais. Tampouco, ela não está autorizando uma demissão do Estado, notadamente, no que tange aos objetivos do art. 3º, da Constituição. Por isso mesmo, a função social não há de ser tida, nesse contexto, meramente como norma programática, pois, em verdade, constitui-se em princípio com fundamento constitucional que recai sobre o sujeito empresário e vincula sua conduta (o agir) quando do exercício da empresa, utilizando-se do estabelecimento.

A pesquisa indica ainda que a propriedade, o contrato, a atividade empresarial como um todo e o próprio direito como um todo trazem consigo uma função social propriamente dita, pois são instrumentos para a consecução de um fim maior, de caráter fraternal, instrumentalizado em prol da coletividade, em estrito cumprimento de preceitos constitucionais, sobretudo, os elencados no art. 170, da Constituição.

Consideradas, portanto, a liberdade de iniciativa e a propriedade privada sem prejuízo do que rezam especialmente os arts. 3º e 170, da Constituição, reintroduzindo-se a solidariedade social na atividade econômica sem desconsiderar a autonomia privada, delineada está a *função social da atividade empresarial* como um todo, a partir da trinca vinculante estabelecida entre empresa, empresário e estabelecimento.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; MENEZES, André Francisco Cantanhede de. Empresa, empresário e estabelecimento: trinca vinculante à função social da atividade empresarial. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 22, p. 33-53, out./dez. 2019. DOI:10.33242/rbdc.2019.04.003.

Recebido em: 19.03.2019

1º parecer em: 08.04.2019

2º parecer em: 25.09.2019