

REVISTA DE  
DIREITO  
MERCANTIL  
industrial, econômico  
e financeiro

---

125

Publicação do  
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado  
e Biblioteca Tullio Ascarelli  
do Departamento de Direito Comercial  
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano XLI (Nova Série)  
janeiro-março/2002

 **MALHEIROS  
EDITORES**

# REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série — Ano XLI — n. 125 — janeiro-março de 2002

## FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)

PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

SUPERVISOR GERAL: PROF. WALDIRIO BULGARELLI

COMITÊ DE REDAÇÃO: MAURO RODRIGUES PENTEADO,

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA,

RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTIN, MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

**REVISTA DE DIREITO MERCANTIL**

publicação trimestral de

MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP 04531-940

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 3078-7205

Fax: (011) 3168-5495

Assinaturas e comercialização:

CATAVENTO DISTRIBUIDORA DE

LIVROS S.A.

Rua Conselheiro Ramalho, 928

CEP 01325-000

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 289-0811

Fax: (011) 251-3756

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros

Diretora: Suzana Fleury Malheiros

Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato

Composição: *scripta*

# SUMÁRIO

---

## ***DOCTRINA***

LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE NA PRÁTICA CONTRATUAL BRASILEIRA — PERMITE-SE NO BRASIL A RACIONALIZAÇÃO DOS RISCOS DO NEGÓCIO EMPRESARIAL? — NILSON LAUTENSCHLEGER JR. ....	7
---	---

## ***ATUALIDADES***

AS CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO E OS LIMITES LEGAIS DOS JUROS — JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA .....	25
A EMPRESA: NOVO INSTITUTO JURÍDICO — JORGE LOBO .....	29
A RECEPÇÃO DO "DROP DOWN" NO DIREITO BRASILEIRO — HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA E ZANON DE PAULA BARROS .....	41
A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E O NOVO CÓDIGO CIVIL — FERNANDO NETTO BOITEUX .....	48
O CONTRATO DE "JOINT VENTURE" NA MATÉRIA ANTITRUSTE — JOSÉ CARLOS DA SILVA NOGUEIRA .....	58
A PRIVACIDADE E OS SIGILOS TELEFÔNICO, PROFISSIONAL E BANCÁRIO — LEANDRO BITTENCOURT ADIERS .....	62
O NOVO MERCADO E AS PRÁTICAS DIFERENCIADAS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA: EXAME DE LEGALIDADE FRENTE AOS PODERES DAS BOLSAS DE VALORES — EDUARDO ALFRED TALEB BOULOS E FERNANDO SZTERLING .....	96
RESPONSABILIDADE DOS SIGNATÁRIOS DE ACORDO DE VOTO NO REGIME DA LEI N. 10.303/01 — FELIPE DE FREITAS RAMOS .....	114

## ***ESPAÇO DISCENTE***

A SPE — SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO — LEONARDO GUIMARÃES .....	129
---	-----

**JURISPRUDÊNCIA COMENTADA****ACIONISTA CONTROLADOR – IMPEDIMENTO AO DIREITO DE VOTO**

— ERASMO VALLADÃO A. E NOVAES FRANÇA ..... 139

**DECADÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO**

— ZANON DE PAULA BARROS ..... 173

**PARECERES****IMPUTAÇÃO DE DECLARAÇÃO FALSA (§ 3º, ART. 23 DA LEI 4.131/62)  
E DA VEDAÇÃO À COMPENSAÇÃO PRIVADA DE CRÉDITOS  
(ART. 10 DO DECRETO-LEI 9.025/46)**

— SÉRGIO I. ESKENAZI PERNIDJI e MÔNICA CASTRO DE MELLO BITY ..... 185

## COLABORAM NESTE NÚMERO

---

EDUARDO ALFRED TALEB BOULOS  
Advogado em São Paulo

ERASMO VALLADÃO A. E NOVAES FRANÇA  
Professor-Doutor de Direito Comercial da  
Faculdade de Direito da Universidade de  
São Paulo

FELIPE DE FREITAS RAMOS  
Advogado no Rio de Janeiro

FERNANDO NETTO BOITEUX  
Doutor em Direito Comercial pela Univer-  
sidade de São Paulo. Professor-Doutor de  
Direito Comercial da Fundação Armando  
Álvares Penteadó – FAAP

FERNANDO SZTERLING  
Advogado em São Paulo

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA  
Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade  
de Direito da Universidade de São Paulo.  
Professor de Direito Comercial nos Cursos  
de Graduação e Pós-Graduação da USP e  
da FAAP. Consultor Jurídico de Empresas

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA  
Professor de Direito Comercial da PUC/RJ.  
Advogado

JORGE LOBO  
Livre-Docente em Direito Comercial pela  
UERJ. Advogado

JOSÉ CARLOS DA SILVA NOGUEIRA  
Mestre em Direito Econômico Internacio-  
nal pela Universidade de San Francisco,  
Califórnia. Advogado

MÔNICA CASTRO DE MELLO BITY  
Advogada no Rio de Janeiro

SÉRGIO I. ESKENAZI PERNIDJI  
Advogado no Rio de Janeiro

LEANDRO BITTENCOURT ADIERS  
Advogado no Rio Grande do Sul

LEONARDO GUIMARÃES  
Mestrando em Direito Comercial na Facul-  
dade de Direito da UFMG. Advogado

NILSON LAUTENSCHLEGER JR.  
Mestre em Direito Comercial pela Ludwig-  
Maximilians-Universität München, Alema-  
nha. Doutorando na mesma Universidade.  
Advogado em São Paulo

ZANON DE PAULA BARROS  
Advogado em São Paulo

# Atualidades

## A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E O NOVO CÓDIGO CIVIL<sup>1</sup>

FERNANDO NETTO BOITEUX

*1. O significado da expressão "empresa" 2. A responsabilidade empresarial vista pelos empresários. 3. A responsabilidade empresarial vista pelos acionistas. 4. A responsabilidade empresarial vista pelos interesses externos ao capital. 5. Função social da propriedade e da empresa. 6. Conclusão.*

O tema que me coube expor se refere à função social da empresa no novo Código Civil, mas, atendendo ao fato de que o legislador não se refere expressamente à função social da empresa no novo Código, preferi usar o título "A função social da empresa e o novo Código Civil", que esclarece melhor o tema desta exposição.

Tendo em vista que o conceito de empresa passou a estar presente no novo Código Civil, primeiramente irei comentar o significado da expressão "empresa" para o Direito, de forma a averiguar a qual realidade o legislador está se referindo.

Em seguida, irei rever alguns conceitos sobre a responsabilidade empresarial, tal como esta tem sido compreendida pelos administradores de grandes empresas, pelos acionistas e pelos representantes de interesses externos ao capital, como os trabalhadores, os consumidores e a comunidade em que a empresa atua.

Finalmente, procurarei expor o que compreendo como sendo a função social da

empresa, e de que forma entendo que ela poderá se tornar efetiva.

### *1. O significado da expressão "empresa"*

A palavra "empresa" na realidade econômica, tanto quanto na ordem jurídica, significa a organização do empresário para o exercício de sua atividade. Para usar de um conceito econômico, também utilizado pelo Direito, a empresa é a organização (conjunto organizado) dos fatores de produção. Como adverte Asquini: "(....) defronte ao Direito o fenômeno econômico da empresa se apresenta como um fenômeno possuidor de diversos aspectos, em relação aos diversos elementos que para ele concorrem, o intérprete não deve agir com o preconceito de que o fenômeno econômico de empresa deva, forçosamente, entrar num esquema jurídico unitário. Ao contrário, é necessário adequar as noções jurídicas de empresa aos diversos aspectos do fenômeno econômico".<sup>2</sup>

O legislador, na definição de empresário presente no art. 966, *caput*, do novo

1. Palestra proferida no Simpósio "Direito privado no espaço e no tempo: o novo Código Civil", na Faculdade de Direito de Campos, Rio de Janeiro, no dia 7 de março de 2002.

2. Alberto Asquini, "Perfis da empresa", *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, nova série, v. 104, p. 113.

Código Civil, não colocou o objetivo lucrativo como um fator de sua qualificação, de forma que a finalidade ou objetivo último da empresa pode ser “egoístico” ou “altruístico”, isto é, pode-se referir ao proveito econômico próprio ou ao serviço público.

No nosso direito positivo, encontraremos diversos conceitos de empresa, que não discrepam da definição utilizada acima, a saber: na Lei de Sociedades por Ações<sup>3</sup> e na Lei de Repressão ao Abuso de Poder Econômico.<sup>4</sup> A única distinção entre os conceitos pode ser identificada no fato de que a Lei de Sociedades por Ações só se refere à empresa de fim lucrativo, pois ela só regula, por sua natureza, a empresa comercial.

O novo Código Civil não se preocupou em definir a empresa, ainda que lhe tenha reservado um Livro denominado “Do Direito de Empresa”; definiu o empresário, como fez o legislador italiano no Código Civil de 1942. As referências à empresa nos artigos 966, 968, 972, 974 e 975 no novo Código nos permitem afirmar, no entanto, como se encontra bem claro nos dois últimos artigos citados, que a empresa se exerce, ou seja: ela é o resultado da atividade do empresário.

Ocorre que esta afirmativa nem sempre é verdadeira, como já afirmava Fábio Comparato, ressaltando o divórcio entre a definição de empresário presente no art. 2.082 do Código Civil Italiano e a realidade, como segue: “Tratando-se de sociedades não-personalizadas, ainda é possível dizer que todos os sócios são empresários. Mas no caso das companhias, mesmo os não-kelsenianos percebem que a idéia de

uma sociedade empresária constitui evidente abuso de retórica”.<sup>5</sup>

Assim, chegamos a uma situação aparentemente curiosa, mas perfeitamente identificada pelo legislador na Lei de Sociedades por Ações: os detentores do capital nem sempre são empresários e aqueles que agem como empresários não são, em grande parte das vezes, detentores de parte expressiva do capital.

Nas pequenas empresas existe, efetivamente, uma relação clara entre a propriedade do capital, os recursos de que a empresa dispõe e o exercício do poder sobre ela. Nas grandes empresas não existe correspondência entre a participação no capital e o exercício do poder, dado que o capital está pulverizado por um número elevado de acionistas e as pessoas que detêm o poder são titulares de uma parcela ínfima dele.

Essa foi a realidade que introduziu em nosso direito a figura do acionista controlador, que é aquele que efetivamente controla a atividade empresarial (Lei das Sociedades por Ações, art. 116), levando Fábio Comparato a ressaltar que “o exercício legítimo do poder de controle se mede, em tais condições, pela finalidade aos fins ou interesses determinados pela ordem jurídica”.<sup>6</sup>

Essa organização – a empresa – nem sempre está fundada em direitos de propriedade, ainda que os empresários, frequentemente, tratem a empresa, grande ou pequena, como propriedade. Nesse conceito estão incluindo a estrutura física da fábrica, os serviços necessários à produção, transporte e distribuição, os vendedores e, até mesmo, as relações de trabalho.<sup>7</sup>

3. Lei 6.404 de 1976, art. 2º, *caput*: “Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes”.

4. Para a Lei 4.137, de 10.9.1962, art. 6º, *caput*: “Considera-se empresa, toda organização de natureza civil ou mercantil destinada a exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fins lucrativos”.

5. Fábio Konder Comparato, “A reforma da empresa”, in *Direito empresarial: estudos e pareceres*, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 18.

6. Fábio Konder Comparato, “A reforma da empresa”, *cit.*, p. 19.

7. O exemplo foi utilizado por Adolf Berle e Gardiner Means, *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*, São Paulo, Abril Cultural,

Quando tomamos o sentido da empresa como prestadora de serviço público, não encontramos maior dificuldade em identificar a função social que lhe está reservada, pois ela está implícita no seu objeto social, razão pela qual ela não será objeto desta exposição.<sup>8</sup>

Ocorre que, mesmo nas empresas privadas, com objetivo sabidamente lucrativo, iremos encontrar diversas manifestações de interesse social, o que, ao nosso ver, indica que a responsabilidade social não está vinculada, indissolúvelmente, à atuação do Poder Público,<sup>9</sup> e pode decorrer do atendimento aos interesses de uma parcela dos acionistas, ou mesmo dos próprios controladores. Vejamos os exemplos.

## 2. A responsabilidade empresarial vista pelos empresários

A preocupação dos dirigentes das macro-empresas com a responsabilidade empresarial tem sido notada desde a década de 20, quando se formaram alguns dos maiores grupos empresariais norte-americanos. Para ilustrar o significado dessa responsabilidade, passamos a transcrever uma das mais antigas e notadas expressões acer-

1984, p. 7, para exemplificar o conceito variável de propriedade nos dias de hoje. O tema é retomado por Fábio Konder Comparato ("Função social da propriedade dos bens de produção", in *Direito empresarial: estudos e pareceres*, cit., pp. 31 e 32), que confronta o sentido antigo de propriedade e o atual poder de controle empresarial.

8. A distinção do que é área da esfera pública e o que é área de atuação reservada ao setor privado pode ser vista em nosso artigo "Intervenção do Estado no domínio econômico na Constituição Federal de 1988", in Marco Aurélio Greco (coordenador), *Contribuições de intervenção do Estado no domínio econômico e figuras afins*, São Paulo, Dialética, 2001, pp. 63 a 65.

9. Como parece entender Fábio Konder Comparato, em "Estado, empresa e função social", *Revista dos Tribunais* 732/45: "(...) é uma perigosa ilusão imaginar-se que, no desempenho dessa atividade econômica, o sistema empresarial, livre de todo controle dos Poderes Públicos, suprirá naturalmente as carências sociais e evitará os abusos; em suma, promoverá a justiça social".

ca do problema. Afirmou Owen D. Young, em 1929, quando era o principal executivo da General Electric Company:<sup>10</sup>

"(...) faz uma grande diferença em meu comportamento como um dos administradores da General Electric Company saber se sou um 'trustee' da instituição ou um mandatário do investidor. Se sou um 'trustee', quem serão os beneficiários de meu esforço? Para quem eu devo minhas obrigações? Meu pensamento acerca do problema é o seguinte: há três grupos de pessoas que têm interesse na instituição. Um é o grupo representado por 50.000 pessoas que puseram capitais na companhia, isto é, os acionistas. Outro, o grupo de 100.000 pessoas que estão colocando sua força de trabalho e suas vidas nos negócios da companhia. O terceiro grupo é o dos consumidores e do público em geral.

"Os consumidores têm direito de reclamar que um negócio grande deva não somente operar honesta e satisfatoriamente, mas que, além disso, deva ir ao encontro das suas obrigações públicas e cumprir seus deveres – que, em uma palavra, de sentido amplo, ela seja um bom cidadão."

Esta espécie de preocupação, no entanto, não se tornou um padrão entre os empresários de grandes corporações. Para Alfred Sloan Jr., que foi o presidente da General Motors da década de 20 até a década de 40, e que criou o conceito de corporação tal como o conhecemos hoje "crescimento e progresso estão relacionados, uma vez que não existe descanso para uma empresa numa economia competitiva. Obstáculos, conflitos, novos problemas em várias formas e novos horizontes surgem para agitar a imaginação e continuar o progresso da indústria".<sup>11</sup>

10. William L. Cary, *Cases and materials on corporations*, 4<sup>o</sup> ed., na íntegra, Mincola, The Foundation Press, 1969, pp. 237 e ss., em tradução livre.

11. Alfred Sloan Jr., *Meus anos com a General Motors*, São Paulo, Negócio Editora, 2001, Introdução, p. XVIII.

Alfred Sloan, cuja história na General Motors, contada no livro, se confunde com a história das grandes corporações modernas, pouco se dedicou a descrever a preocupação com quaisquer outros interesses que não o máximo retorno possível sobre o investimento dos acionistas, ressalvando, no entanto, que não negligenciou de sua responsabilidade para com os seus funcionários, clientes, revendedores, fornecedores e a comunidade.<sup>12</sup>

Vale ressaltar, portanto, que a perspectiva de não "negligenciar" é muito diversa daquela de agir como um representante ("trustee") dos interesses dos acionistas, dos trabalhadores, dos consumidores e do público em geral, como declarou o presidente da General Electric, referindo-se ao mesmo período histórico.

O Professor Berle reconhece, por sua vez, avaliando a mudança ocorrida nas empresas desde a publicação de sua obra fundamental, que os princípios e a prática das grandes empresas em 1959 lhe parecem muito mais responsáveis e honestos que em 1929.<sup>13</sup>

Poderíamos apresentar diversos outros exemplos da compreensão pelos empresários da função social das empresas, mas estes são suficientes para demonstrar que o conceito não é estranho à classe empresarial.<sup>14</sup>

12. O texto tem a seguinte redação: "A medida do valor de uma empresa como negócio, entretanto, não é apenas o crescimento em vendas ou ativos, mas o retorno sobre o investimento dos acionistas, uma vez que é o capital deles que está sendo arriscado e é pelos seus interesses acima de tudo que a corporação deve ser dirigida como uma empresa privada. O histórico mostra, creio, que fizemos um trabalho respeitável para os acionistas, sem negligenciar nossas responsabilidades para com nossos funcionários, clientes, revendedores, fornecedores e a comunidade" (Alfred Sloan Jr., *Meus anos com a General Motors*, cit., p. 181).

13. Adolf Berle Jr., no prefácio da coletânea dirigida por Edward S. Mason, *La sociedad anónima en la sociedad moderna*, Buenos Aires, Depalma, 1967, p. 6.

14. Diversos exemplos nesse sentido, bem como passagens do Model Business Corporation Act

Essa compreensão da responsabilidade social das empresas, no entanto, não teve um desenvolvimento linear e, nos dias em que vivemos, de liberalismo econômico, é necessário ressaltar o pensamento de um expoente da Escola de Chicago, Milton Friedman, sobre a responsabilidade dos empresários, ao sustentar: "Há poucas coisas capazes de minar tão profundamente as bases de uma sociedade livre do que a aceitação por parte dos dirigentes das empresas de uma responsabilidade social que não a de fazer tanto dinheiro quanto possível para os seus acionistas".<sup>15</sup>

### 3. A responsabilidade empresarial vista pelos acionistas

Os acionistas, nos países mais desenvolvidos, começaram, há alguns anos, "a solicitar à administração que explicasse seu fracasso em atender o que eles consideram *mais amplas* preocupações sociais"<sup>16</sup>. Os acionistas não exigem, propriamente, um resultado, mas um esforço em obter um resultado, no sentido de atender as preocupações sociais ligadas à atividade empresarial. Por exemplo, em relação à política de não-discriminação racial das empresas que exerciam sua atividade na África do Sul, e entre esses acionistas se encontrava a Harvard University.<sup>17</sup>

e do American Law Institute Principles of Corporate Governance são apresentados por André Tunc, *Le droit américain des sociétés anonymes*, Paris, Economica, 1985, item 86, pp. 158 a 162.

15. Milton Friedman, *Capitalismo e liberdade*, 3ª ed., São Paulo, Nova Cultural, 1988, pp. 120 a 123, especialmente, propõe, no que se refere à responsabilidade social da empresa, um retorno ao liberalismo de Adam Smith. Este retorno à postura liberal e seus principais problemas, no que se refere à sociedade brasileira, são lembrados por Fábio Konder Comparato em "Perder uma batalha, mas não a guerra", *Folha de São Paulo*, 4.10.1989, p. A-3.

16. Noyes E. Leech, "Ações sociais movidas por acionistas", *Revista Brasileira de Mercado de Capitais*, v. 1, n. 3, 1975, p. 335.

17. André Tunc, *Le droit américain des sociétés anonymes*, cit., p. 162, nota 16. A demanda por maior responsabilidade social das empresas partindo,

Algumas de nossas maiores empresas também têm publicado, ao lado do balanço patrimonial, o denominado "balanço social", ou, ao menos, feito constar de suas demonstrações financeiras uma preocupação com a sua responsabilidade social, revelando para o público sua preocupação com interesses que transcendem a sua finalidade meramente lucrativa.

Entre essas empresas encontramos desde sociedades brasileiras de capital aberto<sup>18</sup> até sociedades de capital predominantemente estrangeiro e fechado.<sup>19</sup>

#### 4. A responsabilidade empresarial vista pelos interesses externos ao capital

Os interesses denominados externos ao capital são, fundamentalmente, o interesse dos trabalhadores, o dos consumidores e os da comunidade em que a empresa atua. Sobre o interesse dos trabalhadores, afirmava Adam Smith: "(...) ainda que os interesses dos trabalhadores estejam estreitamente ligados aos da sociedade, eles são incapazes, quer de compreender esse interesse, quer de se aperceberem da ligação existente entre ele e o seu próprio interesse".<sup>20</sup>

A evolução para o estágio atual não se deu de maneira uniforme. Na Alemanha, por exemplo, a reivindicação pela co-ges-

ção é mais antiga do que o dissídio coletivo e a luta organizada do trabalho, e vem da primeira metade do século passado, quando pensadores liberais propuseram a organização empresarial de forma que os trabalhadores participassem dos lucros e das decisões empresariais.<sup>21</sup> Posteriormente, essa idéia foi desenvolvida pela doutrina social católica.<sup>22</sup>

Na França existe um sistema facultativo de participação dos empregados no Conselho de Vigilância.<sup>23</sup>

Esse sistema não encontrou ressonância em nosso direito, onde os trabalhadores não se inclinaram para a participação na administração, e sim para a atividade sindical.

Os consumidores, por sua vez, como um grupo de fora da empresa, vêm representando "a tendência de transferir para a empresa uma margem de risco mais alta, correspondente a uma reparação mais extensa de danos provocados na sociedade por produtos defeituosos".<sup>24</sup>

Os interesses da comunidade em que a empresa atua não encontram qualquer forma de serem representados junto às sociedades. Por exemplo, a comunidade prejudicada pela degradação do meio ambiente não tem como encaminhar esse pleito à administração da sociedade.

O que se pode concluir é que, ao menos no nosso sistema, para os interesses diversos do capital, o caminho da democra-

inclusive, delas próprias, é exemplificada por Harry G. Henn e John R. Alexander, *Laws of corporations*, 3ª ed., St. Paul, West Publishing, 1983, pp. 32 a 34.

18. Apenas a título de exemplo, e eles são muitos, no dia 4 de março de 2002, entre as companhias de capital nacional e aberto, a Companhia de Bebidas das Américas - AmBev publicou na *Gazeta Mercantil* (p. A-18), balanço no qual constavam as iniciativas sociais, inclusive benefícios de assistência médica e outros prestados diretamente pela empresa, além dos benefícios concedidos pelas fundações ligadas à empresa.

19. Entre as empresas de capital estrangeiro e fechado, a Hewlett-Packard Brasil S.A. publicou no Relatório da Administração (*Gazeta Mercantil* de 4.3.2002, p. A-11) um resumo dos projetos sociais de que participou, além de se referir ao trabalho voluntário realizado por seus funcionários.

20. Adam Smith, *Riqueza das nações*, v. 1, 2ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1987, p. 476.

21. Friedrich Kuebler, Palestra de 16 de agosto de 1980, "Curso de Extensão Universitária sobre Sociedades Anônimas: experiências e perspectivas", patrocinado pela AASP (mimeografado).

22. Encíclicas papais *Rerum Novarum* (1891), 8ª ed., São Paulo, Ed. Paulinas, 1965; *Quadragesimo Anno* (1931) e *Mater et Magistra* (1961), 9ª ed., São Paulo, Ed. Paulinas, 1962.

23. As "ordonnances" ns. 86-1134 e 86-1135, ambas de 21.10.1986, prevêem um sistema facultativo de participação dos empregados no Conselho de Vigilância.

24. Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *Responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*, São Paulo, Saraiva, 1987, p. 22.

cia parlamentar parece sofrer do mesmo mal que vem sofrendo na sociedade política: a falta de representatividade.

Desta forma, examinados os casos em que a função social vem sendo reconhecida pelos empresários, seja pela sua vontade, seja por exigência dos demais interessados, passaremos a analisar as possibilidades de que esta função lhes seja exigida, em virtude da disposição da Constituição Federal de 1988 que consagra a função social da propriedade (art. 5º, inciso XXIII).

### 5. *Função social da propriedade e da empresa*

Os exemplos referidos acima nos parecem suficientes para demonstrar que, ao contrário da propriedade individual, que se manifesta no mundo jurídico como um direito fundamental, um meio de defesa do indivíduo – razão pela qual o direito de propriedade individual tem caráter absoluto –, à propriedade produtiva tem sido reconhecida uma função social, seja pela pressão dos terceiros interessados, seja por obra e graça dos seus titulares.

Esta tese não é nova, e já era admitida por Adolf Berle que, dividindo a propriedade em propriedade de consumo e propriedade produtiva, afirma quanto à última: “com respeito à propriedade produtiva, a *proprietariedade* agora está sujeita a uma determinação global, política, que o tipo de civilização do Estado americano decidiu adotar democraticamente. Trata-se de um processo em andamento, que ainda não se completou”.<sup>25</sup>

O primeiro texto a consagrar a função social da propriedade, como sabido, foi a Constituição de Weimar de 1919, art. 153, última alínea, passando pela Lei Fundamental de Bonn, de 1949. Em nosso Direito a Constituição de 1967, com a Emenda de 1969, já a consagrava (art. 160, inciso III)

25. Adolf Berle Jr., no prefácio à edição revista de Adolf Berle e Gardiner Means, *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*, cit., p. 6.

e a Constituição de 1988 a mantém (art. 5º, inciso XXIII).

Na legislação ordinária, a Lei de Sociedades por Ações adota o conceito, de forma mais expressa que qualquer outra. Com a instituição do acionista controlador, esse poder passou a ser personalizado, permitindo a identificação daquele que exerce efetivamente o poder sobre a empresa, de forma a poder responsabilizá-lo. O artigo 116 da Lei de Sociedades por Ações tem a seguinte redação:

“Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

“a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

“b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

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

Na nossa doutrina jurídica, também, a compreensão desta proteção dos interesses externos ao capital também não foi vista de forma unívoca.

Para Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, autores da Lei de Sociedades por Ações, a função empresarial, ou seja, o papel que o empresário tem no funcionamento do sistema econômico, leva a nele identificar três subfunções: a de criar e expandir a empresa; a de administrar a empresa; a de assumir os riscos econômicos da empresa. Não se consegue vislumbrar, sequer, nessa afirmação, a presença da função social da empresa, ainda que os

autores tenham se manifestado, expressamente, em sentido diverso.<sup>26</sup>

Para Luiz Gastão Paes de Barros Leães;<sup>27</sup> Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro;<sup>28</sup> e, ainda, Rubens Requião,<sup>29</sup> tanto o interesse lucrativo quanto os interesses externos ao capital se revelam harmônicos, e devem ser atendidos de forma eqüitativa pelos empresários, ou administradores de sociedades.

Eduardo Salomão Neto, aplicando o conceito de "trust" ao dever de lealdade do controlador no âmbito extra-societário,

26. Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, *A Lei das S.A.: pressupostos, elaboração, aplicação*, Rio de Janeiro, Renovar, 1992, pp. 158 e 159, quanto à primeira parte, e 436 a 438, quanto à segunda.

27. Afirma Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 1978, p. 248, que o "objetivo da sociedade anônima não é apenas o interesse social *stricto sensu*, mas, igualmente, o interesse da empresa e do bem público, visto que, como adverte Ascarelli, o próprio reconhecimento da iniciativa privada por parte do legislador significa que aos particulares é atribuída a realização de um objetivo social *lato sensu*, por meio da satisfação de interesses privados".

28. Para Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro, *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, São Paulo, Bushatsky, v. 1, 1979, p. 297, "(...) o reconhecimento da função social da companhia e, pois, da empresa que ela objetiva, põe em relevo de forma especial a inspiração institucional do novo modelo de sociedade anônima (...) como unidade de produção, a empresa se insere no quadro econômico de uma nação como um veículo de riquezas, mobilizando matérias-primas e produtos intermediários, comprando e vendendo, prestando serviços, recolhendo impostos, assalariando empregados, enfim, contribuindo para o desenvolvimento geral da comunidade".

29. Rubens Requião, *Aspectos modernos do direito comercial: estudos e pareceres*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 1980, p. 71, entende que "a lei impõe para a maioria um amplo e definido programa de ação ética. Extravasa sua recomendação imperativa ao âmbito da empresa, como instituição, para abranger todos os elementos da vida social na qual vive e atua. Nele são abrangidos não só os acionistas, a minoria, mas também os que nela trabalham e para com a comunidade em que vive. Deve respeitar e atender os legítimos interesses da coletividade".

exemplifica: "(...) deve o controlador abster-se de qualquer atividade prejudicial à comunidade, a que o aconselhasse o interesse da empresa. Entre tais atividades estariam por exemplo o "lobby" junto a congressistas para aprovação de leis trabalhistas ou relativas ao meio ambiente que, embora benéficas para a sociedade, prejudicassem, a comunidade em geral".<sup>30</sup>

Para outros, como Waldirio Bulgarelli, ambos os interesses se revelam conflitantes, refletindo, simplesmente, a indecisão do legislador.<sup>31</sup>

Para outros, ainda, como Fran Martins, o legislador poderia ter-se limitado a esclarecer que esse é um limite imposto aos administradores de sociedades.<sup>32</sup>

De qualquer forma, nenhum deles teve a preocupação de indicar um caminho para que os interesses diversos do capital sejam respeitados.

Podemos nos fazer, neste ponto da exposição, algumas perguntas:

a) a função social da propriedade se aplica à empresa?

b) ela depende da forma jurídica da empresa, de ser ela exercida por uma sociedade anônima ou limitada?

c) ela depende do porte da empresa ou da sua repercussão sobre a coletividade?

30. Eduardo Salomão Neto, *O "trust" e o direito brasileiro*, São Paulo, LTr, 1996, p. 158.

31. Waldirio Bulgarelli, *Estudos e pareceres de direito empresarial: o direito das empresas*, São Paulo, Ed. RT, 1980, p. 98, diz: "E foi justamente com o intuito declaradamente conciliador, que a Lei n. 6.404 situou-se em tão importante questão. Subjugada ao dilema, procurou atender a uns e outros interesses, sem conseguir satisfazer a ambos, consequência da sua indecisão ideológica".

32. Fran Martins, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, v. 2, t. 1, Rio de Janeiro, Forense, 1978, afirma: "Melhormente nos parece teria a lei se manifestado se esclarecesse, nesta passagem, que o acionista controlador, exercendo, direta ou indiretamente, o seu poder na sociedade, não deverá exercitar esse poder em detrimento dos interesses sociais nem dos interesses dos que participam da companhia".

### 5.1 *Propriedade e função social da empresa*

Quando a saber se a função social da propriedade se aplica à empresa, podemos dizer que em nosso Direito Pontes de Miranda afirma que o termo “propriedade” tem sentido *lato*, significa “qualquer direito patrimonial”,<sup>33</sup> razão pela qual entendemos que abrange a empresa. Canotilho, por sua vez, ressalta que a expressão “propriedade”, na Constituição, se aplica à empresa.<sup>34</sup>

### 5.2 *A função social da empresa e a forma jurídica da sociedade*

Já ressaltamos o nosso entendimento de que a idéia de a empresa ser exercida por uma pessoa jurídica tem muito de retórica. Ainda assim, se admitirmos essa construção como verdadeira, no regime do novo Código Civil, retrocedendo ao regime anterior à Lei de Sociedades por Ações, continuamos a entender que a empresa tem uma função social, independentemente de sua forma jurídica.

Todas as sociedades nascem como contratos, ainda que as anônimas sejam tratadas, a partir de sua constituição, como instituições. Como o novo Código Civil prevê a função social do contrato (art. 421) essa função se estende, naturalmente, ao contrato de sociedade, e deve ser entendida como incidindo sobre a própria causa do negócio. Assim, ainda que se examine a questão pelo ângulo da pessoa jurídica que explora a empresa, a função social do contrato incidirá sobre a sua causa, condicionando todo o exercício da atividade empresarial pela pessoa jurídica. Na expressão de Pietro Perlingieri: “O interesse pode fazer parte diretamente da função do contrato: isso acontece quando o negócio contenha originaria-

mente, na previsão legal, o interesse público dentro da função, seja quando o esquema negocial típico é adaptado e vinculado inderrogavelmente a um interesse específico (interesse não presente na função do negócio típico originário)”.<sup>35</sup>

Enquanto norma incidente sobre a causa do contrato, ela se sobrepõe a qualquer norma prevista em lei especial, tal como ocorre com a norma da Lei de Sociedades por Ações que prevê o fim lucrativo da sociedade anônima como o seu único fim lícito, sob pena inclusive de sua dissolução judicial caso se desvie de seu objetivo lucrativo. Ainda na afirmação de Perlingieri, que entendemos poder estender ao contrato de sociedade: “O interesse público do usuário é cronologicamente precedente à negociação e representa a sua justificação. Ele pode se referir a qualquer tipo de função contratual sem mudar, nem mesmo minimamente, as suas características”.<sup>36</sup>

Entendemos, assim, que os deveres do controlador se aplicam às sociedades comerciais, independentemente de sua forma, sejam elas sociedades anônimas ou por quotas de responsabilidade limitada.

### 5.3 *Função social e porte da empresa*

A tendência da doutrina é relacionar a função social às grandes empresas, às macro-empresas, na expressão cunhada por Fábio Comparato, na medida em que sua visibilidade facilita a compreensão do fenômeno. Todavia, a questão precisa ser analisada em outro sentido: é necessário verificar o impacto que a empresa tem sobre os interesses da comunidade para avaliar se ela tem, ou não, uma função social. O impacto sobre o meio ambiente, por exemplo, não tem relação direta com o tamanho da

33. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição Federal de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969*, t. V, Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 398.

34. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2<sup>o</sup> ed., 1<sup>o</sup> v., Coimbra, 1984, pp. 332-333.

35. Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil – Introdução ao direito civil constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, item 179, p. 287.

36. Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil – Introdução ao direito civil constitucional*, cit., p. 288.

empresa, pois uma pequena empresa pode causar maior impacto que uma grande, dependendo de sua atividade.

A atividade exercida pela empresa, no entanto, é elemento essencial para a compreensão do conceito em sua extensão, pois é evidente que as instituições dependentes da captação de recursos públicos para operar, como as instituições financeiras, têm maiores responsabilidades que as demais.

As empresas do ramo de transportes públicos, por sua vez, não dependem essencialmente do capital do público, mas exercem atividade vital para a comunidade; têm, portanto, maior responsabilidade social do que pequenas empresas prestadoras de serviços que atendam a um mercado local.

O legislador, constatando essa realidade, impõe às empresas de ambas as categorias, entre outras obrigações, a obrigação de contratar, de forma a garantir a segurança dos depositantes, no primeiro caso, e o atendimento da população, no segundo.

Quando nos referimos à função social da empresa, portanto, estamos nos referindo a qualquer empresa, independentemente do seu porte, que possa ter impacto sobre o meio ambiente ou sobre a comunidade em que atua.

## 6. Conclusão

Como lembra Fábio Konder Comparato, “a harmonização dos interesses internos e externos à empresa faz-se, naturalmente, no sentido da supremacia dos segundos sobre os primeiros, na hipótese de conflito”.<sup>37</sup> Resta, no entanto, ao intérprete, identificar quais, entre esses diversos interesses, são relevantes para se oporem à finalidade lucrativa da empresa, único interesse tradicionalmente identificado com a atividade empresarial de sentido econômico.

A primeira dificuldade em identificar esse tipo de interesse decorre de sua falta de organização. Ao contrário dos interesses do capital, que é facilmente identificável, pois se resume ao lucro, os interesses sociais são dispersos, pois se referem a uma coletividade.

Vale notar que Adolf Berle, em sua obra clássica, já em 1932, ao traçar um panorama para a reorganização da empresa, admitia que, nas grandes corporações, os donos do capital “renunciaram ao direito de que a companhia funcione unicamente em seu benefício – liberaram a comunidade da obrigação de protegê-los plenamente, obrigação implícita na doutrina dos direitos estritos de propriedade. Ao mesmo tempo, os grupos de controle, por meio da extensão dos poderes da sociedade anônima, quebraram, no interesse próprio, as barreiras da tradição que exigiam que a companhia funcionasse, exclusivamente em benefício dos proprietários passivos”.<sup>38</sup>

Tomando essa afirmativa como expressão da realidade – que, em nosso país ainda parece distante – sustentaram que “só falta à comunidade apresentar suas reivindicações com clareza e força”.

Examinada a questão à luz da realidade atual podemos afirmar:

a) que a clareza requerida por Berle não se confunde com a univocidade; exatamente por serem interesses coletivos, por se referirem, na maioria das vezes, a titulares indeterminados, os interesses coletivos serão sempre de difícil determinação e, muitas vezes, contraditórios entre si.

b) Que a nossa legislação não prevê meios para a “apresentação” dos interesses coletivos diretamente à administração das sociedades. Ainda que o legislador preveja a obrigação de o controlador respeitar os interesses coletivos (Lei de Sociedades por

37. Fábio Konder Comparato, *O poder de controle na sociedade anônima*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 297.

38. Adolf Berle e Gardiner Means, *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*, cit., p. 271.

Ações, art. 116), ele não prevê qualquer meio institucional para que o mesmo tome conhecimento dessas reivindicações, de forma a poder atendê-las. Isto porque os interesses externos ao capital não encontram qualquer representação no seio das sociedades comerciais.

c) Por outro lado, não entendemos necessário que o interesse social deva ser defendido pelo Estado, nem por um *ombudsman*, visto que ele pode ser defendido pela coletividade.

d) É forçoso entender, no entanto, que a única forma segura de “apresentar” os interesses coletivos aos responsáveis, tanto por

traçar a política empresarial quanto por executá-la, é o recurso ao Judiciário. Por falta de outro meio previsto em lei, certamente não poderemos acusar os representantes desses interesses de litigar desnecessariamente.

e) Por outro lado, já se revelam na legislação de nosso país – principalmente na regulamentação da ação civil pública – meios antes impensáveis de acesso das coletividades ao Judiciário para a defesa dos interesses coletivos.

Este é o quadro, tal como o entendemos, em que se pode compreender e efetivar a função social da empresa, no contexto do novo Código Civil.