V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO EMPRESARIAL

ISABEL CHRISTINE SILVA DE GREGORI

RICARDO OLIVERA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito empresarial [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM /Univali/ UPF/FURG;

Coordenadores: Isabel Christine Silva De Gregori, Ricardo Olivera – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-234-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito empresarial. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO EMPRESARIAL

Apresentação

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Direito Empresarial I, durante o V Encontro Internacional do CONPEDI, qual se realizou entre os dias 08 e 10 de setembro de 2016, em Montevidéu - UY.

Os trabalhos apresentados fomentaram importante debate entre os profissionais e acadêmicos, representando assim um importante espaço de interação em torno de questões teóricas e práticas, vivenciadas na área do Direito Empresarial /Comercial.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-Graduação - Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos que foram submetidos a critérios rigorosos de seleção, que se deu através de avaliação por pares, a fim de garantir, além da imparcialidade, aqueles que apresentavam melhor qualidade sob o ponto de vista da profundidade e complexidade dos temas propostos bem como dos demais critérios exigidos no Edital.

Os artigos apresentados no GT foram reunidos pela aproximação dos temas propostos, a fim de que pudessem ampliar e enriquecer os debates suscitados. A diversidade de propostas contidas nos estudos apresentados permitiram aos pesquisadores aprofundar e ampliar a compreensão sobre temas como: A Função e Responsabilidade Social da Empresa, o direito falimentar e recuperação judicial das empresas, Lei Anticorrupção, a Desconsideração da Personalidade Jurídica, assuntos relacionados à Responsabilidade Civil dos administradores, além da temática relacionada ao mercado de valores mobiliários. A doutrina dessa nova empresarialidade demonstra que a atividade empresarial deve se pautar, entre outros aspectos, em princípios éticos, de boa-fé e na responsabilidade social.

Certamente as publicações que integram o livro do GT Direito Empresarial, consolidarão ainda mais o espaço e a relevância que ocupa o Direito Empresarial, presente de forma indissociável e imbricada nas grades curriculares dos Cursos de graduação e Pós Graduação.

Espera-se que a publicação da Coletânea contribua para a reflexão e o aprofundamento e das temáticas propostas,

Profa. Dra. Isabel Christine Silva De Gregori - UFSM

Prof. Dr. Ricardo Olivera

A FUNCIONALIZAÇÃO DO DIREITO EMPRESARIAL

THE FUNCTIONALIZATION OF BUSINESS LAW

Patricia Barbosa de Serpa Pinto [1]

Resumo

O presente estudo objetiva demonstrar a aplicação do princípio da função social no Direito Empresarial, tendo em vista o nascimento do direito de empresa, decorrente da unificação das obrigações de direito privado contemporâneo, bem como da adequação daquela à renovada teoria contratual, que, pautada na interpretação sistemática, axiológica e teleológica do ordenamento jurídico, faz com que o Direito Empresarial seja interpretado à luz dos princípios e garantias da Constituição Federal. Esta renovada hermenêutica jurídica permite que o Direito Societário seja instrumento efetivador da função social garantida constitucionalmente na ordem econômica social.

Palavras-chave: Função social da empresaria, Sociedade limitada, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to demonstrate the application of the principle of social function in Business Law, from his birth, resulting from the unification of the obligations of contemporary private law, as well as the appropriateness of that the renewed contract theory, which, based on the systematic interpretation, axiological and teleological the law, makes the Business Law to be interpreted in the light of the principles and guarantees of the Constitution. This renewed legal interpretation makes the Business Law as instrument to guarantee social function demonstrated in the social economic order of the brazilian constitution.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Comporate social, Business limited partnership, Fundamental rigths

[1] Professora de Direito Empresarial da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Mestre em Direito - UNESA. Pós-Graduada em Direito Civil e Constitucional pela Faculdade de Direito de Valença.

Introdução

O Código Civil visto por muitos como anacrônico, ultrapassado, falho é com certeza mais adequado às novas realidades sociais que o Código de 1916; buscou trilhar pelo caminho da modernidade ao demonstrar em matéria de contratos que a desarmonia entre a realidade socioeconômica e jurídica incentivou a criação de uma nova postura das relações jurídicas contratuais, em busca da efetivação dos novos direitos oriundos das transformações de valores sociais econômicos e políticos, desenvolvidos inegavelmente no início do século passado até os dias atuais. Entendendo que a evolução contratual se dá em razão da necessidade social de um novo direito a uma nova economia.

Com as modificações do direito privado, torna-se imprescindível a sua adequação à nova realidade social para proporcionar à sociedade a segurança jurídica capaz de respaldar o progresso econômico e social.

Michele Giorgianni, (1988:35-55) entende que as transformações sofridas pelo Direito Privado, desdobra-se em dois aspectos; o primeiro, em virtude das modificações oriundas do desenvolvimento industrial e do capitalismo e o segundo pela atuação dos poderes públicos na vida econômica dos povos.

Um dos fatores ensejadores de sua atualização para conformá-lo às garantias fundamentais da Constituição Federal, como é o caso da função social foi, sem sombra de dúvidas, o reconhecimento da evolução social e de seus novos valores, notadamente nas relações negociais, considerando o contrato como veste jurídica das operações econômicas, tendo como função fundamental a instrumentalização da circulação de riquezas, sua transferência, seja atual ou em potencial de um patrimônio para outro, sem olvidar que, concomitante a todas as questões patrimoniais estão as existências, consubstanciada, neste caso, na função social que impõe a toda circulação de riqueza, o atendimento ao fim social e coletivo.

1. Cláusulas Gerais e a superação da dicotomia Público-Privado

O estilhaçar, a fragmentação ou pulverização dos conceitos jurídicos ou do direito nos anos 40 ocorrem nas relações familiares, repetem-se nos negócios jurídicos e na responsabilidade civil. Todos os institutos do Direito Civil foram perdendo estrutura

abstrata e generalizante em favor de disciplinas legislativas cada vez mais concretas e específicas. Desse processo de esfacelamento das grandes unidades conceituais não parece ter restado indene também a nossa teoria contratual que tinha como referencia o Código Civil.

Tal ordem de coisas, própria do Estado Liberal, altera-se profundamente no Estado intervencionista do século XX, onde a atenção do legislador se desloca para a função social que os institutos privados devem cumprir, procurando proteger e atingir objetivos sociais bem definidos, atinentes à dignidade da pessoa humana e à redução as desigualdades culturais e materiais, assumindo, assim, o legislador um papel intervencionista, voltado para a consecução de finalidades sociais previamente estabelecidas e tutelando, para tanto, a atividade negocial (MORAES, 1992, p.14).

Essa transformação profunda do Direito Civil explica, de certo modo, as frequentes expressões de nostalgia manifestada por juristas famosos, exprimindo o descontentamento entre a intervenção legislativa do século XX e a estrutura conceitual do século XIX, recepcionada, ainda hoje, de forma acrítica na formação cultural do civilista.

O fato é que a relativização e a historicidade dos conceitos jurídicos parece ser hoje uma conquista da dogmática, que favorece muito a compreensão do momento histórico em que se situa o nosso Direito Civil e, principalmente, para a compreensão do momento histórico em que se situa o nosso Direito Civil e, principalmente, para a compreensão crítica das categorias jurídicas postas como imutáveis.

O Estado Liberal estava para o código civil, assim como o Estado Social estará para uma intervenção cada vez mais presente em vários setores da economia e em particular para uma constituição que o referenda, avocando a si – este é um ponto fundamental para a compreensão dos diversos institutos que regem as relações privadas – as normas gerais relativas e praticamente todas as matérias que antes eram reguladas exclusivamente pelo Código Civil e pela autonomia de vontade.

A compreensão da decomposição dos conceitos jurídicos, corresponde a uma decomposição da própria intervenção legislativa, marcada por forças políticas múltiplas e setoriais; poderemos compreender, assim, o papel que desempenha para o civilista a Constituição da República e, ainda, a relevância dos princípios constitucionais em matéria de relações contratuais de consumo para a Teoria Geral dos Contratos.

A Constituição Federal de 1988 define a tábua axiológica que condiciona a interpretação de cada um dos setores do Direito Civil. E, por isso mesmo, os princípios insertos no Código do Consumidor, justamente por expressarem valores constitucionais, não podem deixar de incidir sobre toda teoria contratual. São dotadas de verdadeira vocação expansionista, ao verificarmos a importância do dispositivo legal na superação do dogma da autonomia de vontade, na medida em que o legislador não se limita a autorizar a resolução contratual contra a vontade de uma das partes; vai mais além, autorizando a conservação da relação contratual posto que com conteúdo diverso pela intervenção judicial.

Após a promulgação da Constituição de 1988, a qual, consagrando os resultados de um longo processo histórico, altera radicalmente a ordem jurídica, abandonando o modelo liberal em favor de um Estado Social. Após sua promulgação, temos um intervencionismo estatal delineado, interferindo o Poder Público nas relações contratuais, definindo limites, diminuindo os riscos do insucesso e protegendo camadas da população que ficava à margem de todo processo de desenvolvimento, em situação de ostensiva desvantagem.

A Constituição Federal cuidou analiticamente de diversos institutos de Direito Privado, embora tenha tido o cuidado de fixar, em seus quatro primeiros artigos, os Fundamentos e os Princípios da República, de molde a vincular o legislador infraconstitucional e o intérprete a uma reunificação axiológica que independa da regulamentação específica de cada um dos setores do ordenamento.

A constituição é toda ela norma jurídica, seja qual for a classificação que se pretenda adotar, hierarquicamente superior a todas as demais leis da República e, portanto, deve condicionar, permear, vincular diretamente todas as relações jurídicas públicas e privadas.

A Carta-Compromisso recupera a unidade esfacelada do ordenamento, esse sistema decomposto e, para tanto, tem incidência direta nas relações privadas. Não se pode adaptar a Constituição ao Código Civil, sendo indispensável proceder no sentido inverso, de modo a reler todo ordenamento infraconstitucional sob o manto inovador e vinculante do Texto Maior. As relações privadas devem absorver os efeitos jurídicos estabelecidos às vezes de forma expressa e inequívoca pelo legislador constitucional.

Não obstante, Tepedino (2004, pp. 1-22) afirma que a necessidade de se dar efetividade plena às cláusulas gerais faz-se tanto mais urgente na medida em que se afigura praticamente impossível ao Direito regular o conjunto de situações negociais que floresce na vida contemporânea, cujos avanços tecnológicos surpreendem até mesmo o legislador tecnologicamente atualizado.

Mais e mais se focaliza cada um dos tipos contratuais em detrimento da Teoria Geral do Negócio Jurídico, ao mesmo tempo em que o legislador se vale de cláusulas gerais, sem a pretensão de ser exaustivo na regulamentação dos institutos. Deste modo, as clausulas gerais atuam na aproximação do Direito Público e Privado (BARROSO, 2013, p.14), dicotomia esta superada a partir da positivação de institutos antes unicamente privados, agora no Constituição Federal, isto é, no ápice do ordenamento jurídico brasileiro. Ou seja, a semântica aberta das cláusulas gerais atua como uma ponte entre a constituição e as demais legislações, pois possibilita que o intérprete do Direito possa facilitar a aplicação, como uma via de mão dupla, as garantias e direitos fundamentais positivados na Constituição Federal a todo o ordenamento jurídico (MARTINS-CONSTA, 1998, pp. 24-48).

2. A necessidade da Função Social na hermenêutica Contratual

A fragmentação dos conceitos é acompanhada da técnica legislativa que se utiliza de cláusulas gerais, justamente para que o intérprete tenha mais flexibilidade diante do fato jurídico concreto e possa fazer prevalecer os valores do ordenamento jurídico em todas as situações novas que o legislador desconheça, que surgem e se reproduzem como realidade mutante na sociedade de tecnológica de massa.

O legislador Constituinte de 1988, não satisfeito em fixar normas gerais em cada capítulo da Constituição, deu-se ao trabalho de estabelecer regras precedentes. E, não considerar as normas constitucionais, em particular aquelas dispostas nos artigos 1º a 4º do diploma constitucional, preceitos fundamentais da ordem jurídica, o Código Civil seria o verdadeiro Estatuto Constitucional do Direito Privado, de tal modo que os princípios constitucionais além de funcionarem como limite ao legislador ordinário, se constituiriam em princípios gerais de Direito, utilizados de maneira apenas indireta pelo intérprete.

Equiparando os princípios constitucionais aos princípios gerais de direito, os civilistas acabam por fazer incidir a Constituição Federal nas relações de Direito privado de maneira remota, secundaria e residual.

A Carta Constitucional não constitui mera Carta Política e sim o mais importante Diploma jurídico dentro da hierarquia do ordenamento. Os princípios dispostos na Constituição devem sobrepor-se, na atividade de aplicação, subsunção e interpretação das leis, a toda e qualquer norma infraconstitucional, consideradas, portanto, como normas jurídicas com precedência sobre o Código Civil.

Está incrustado na Constituição Federal de 1988, que os princípios fundamentais hão de ter precedência na atividade interpretativa sobre quaisquer outros, condicionando ate mesmo a leitura do artigo 170, da Constituição Federal, em matéria de atividade econômica privada, ou dos princípios específicos que nos interessam diretamente.

O constituinte utilizando a técnica dos princípios fundamentais, anteposto aos princípios de cada capitulo, estava cuidando das normas jurídicas, das quais decorre o impostergável dever do Estado, esculpido no art. 3º, inciso III, da CF, em relação à justiça distributiva, à erradicação da pobreza e à diminuição das desigualdades sociais e regionais. E, ainda, a regra pela qual se constitui um objetivo centrado na República, a efetivação de uma sociedade em que se privilegie o trabalho, a cidadania, a dignidade humana, nos termos do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.

O exame da cláusula contratual não poderá se limitar ao controle de ilicitude, à verificação da conformidade da avença às normas regulamentares expressas relacionadas à matéria. A atividade interpretativa deverá verificar se a atividade econômica privada atende concretamente aos valores constitucionais, só merecendo tutela jurídica quando a resposta for positiva. Tal critério se aplica não só nas relações de consumo, mas aos negócios jurídicos em geral, ao exercício do direito de propriedade, as relações familiares e ao conjunto das relações do Direito Civil.

O autor afirma, ainda, que a verificação do conjunto de princípios inovadores vai sendo mais e mais associado a preocupação constitucional com a redução das desigualdades e com o efetivo exercício da cidadania, perspectiva que não poderia deixar de compreender, segundo a vontade normativa do constituinte, as relações consideradas de direito privado (FARIAS; ROSENVALT, 2012, pp. 510-520).

E é chegada a hora de buscarmos uma definição de um conjunto de princípios de regras que se constituem em normas gerais a serem utilizadas de maneira abrangente, em consonância com as normas constitucionais, só assim poderemos construir uma nova teoria contratual, revitalizada, constitucionalizada e até despatrimonializada, relativizada pela tensão dialética incessante entre a produção legislativa e a atividade econômica.

Não há um principio constitucional que vede a retroatividade dos efeitos da lei nova, de modo a alcançar, de alguma forma, situações jurídicas constituídas sob a égide da lei antiga. O que há é a garantia do respeito as situações constituídas no passado e aos efeitos que, produzidos pela lei antiga, tenham já se incorporado, em definitivo, ao patrimônio individual.

É imperioso interpretar restritivamente a noção de direito adquirido, de molde a não abranger os efeitos futuros de negócios jurídicos que, praticados legalmente no passado, são hostilizados pela lei nova. E, até entrada em vigor desta lei, há de se proteger os efeitos produzidos pelo ato jurídico perfeito, sempre que definitivamente incorporado ao patrimônio de alguém. Cuidando-se, entretanto de relações de trato sucessivo, pretende-se fazer prevalecer por anos a fio, projetada para o futuro, a produção de efeitos e a incorporação de novos efeitos no patrimônio individual, por força de comportamento ou atividade que a sociedade considera nocivos ao convívio social; parece-me excessivo. Mais que excessivo, parece-me deliberada subversão da vontade constitucional.

Justa a lição de hermenêutica segunda a qual a interpretação não pode levar ao absurdo. A garantia do direito adquirido pretende trazer estabilidade ao sistema, não podendo ser tolerada a interpretação que, a pretexto de prestigiar tais garantias constitucionais, engessa o ordenamento, veda as reformas legislativas, impede o mecanismo democrático ou a transformação social pelo processo legislativo.

Nos contratos de trato sucessivo, o direito adquirido é aquele relativo aos efeitos produzidos e incorporados ao patrimônio do contratante no momento em que entra em vigor a nova lei, devendo prevalecer sob a incidência da lei antiga apenas os efeitos da prestação e da contraprestação correspondentes ao módulo temporal em curso. A consecução da prestação periódica parece ter direito adquirido ao titular da correspondente contraprestação. Assim, a força do código não se reduz às suas próprias

normas, localizando-se, sobretudo, na ordem constitucional que o fundamenta e o assegura.

Em que pese o legislador no atual código civil não ter adequado a realidade legislativa a evolução ocorrida ao longo do tempo em que o Projeto tramitou, notadamente uma nova Carta Magna e , em consequência do nascimento do Código de Defesa do Consumidor, não se pode olvidar de alguns aspectos adotados pelo novo Estatuto Civil que fazem parte dos fundamentos do surgimento da nova teoria contratual, como a desmaterialização do direito de propriedade.

Michele Giorgianni (1998, p. 41), diagnosticando as transformações do direito privado ao longo da história do Direito entende que: o mais evidente corolário da descrita evolução do significado do direito privado é aquele de individuar o seu território e de traçar as suas fronteira com o direito público com base na natureza "da atividade", ou seja, dos instrumentos utilizados pelos sujeitos, sem referencia aos "fins" que estes se propõe a alcançar. É significativo que a nossa constituição, fale de "iniciativa" e de "atividade econômica privada" em relação aos "instrumentos", e não já em relação aos "fins" estabelecendo que a primeira não pode ser jamais "contrastante com a utilidade social", e que a segunda pode ser "voltada e coordenada aos fins sociais.

E, conclui enfatizando que a nova face do Direito Privado que adere à atual realidade social e econômica é diversa das codificações oitocentistas. Sob a nova ótica dos contratos, (REALE, 1986, pp. 5-7) situa entendimento na necessidade de harmonização entre os interesses individuais e coletivos: um elo que, de um lado, põe o valor do individuo como aquele que o cria, mas, de outro lado, estabelece a sociedade como o lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e medida.

Assim, o Código Civil introduz em matéria contratual uma nova exegese pautada na analise e no propósito de qualificar os negócios jurídicos como categoria geral, e, em contrapartida, o contrato como espécie fornece para o ordenamento jurídico normas inspiradas nos princípios de eticidade, sociabilidade e operabilidade, que deverão estar presentes em toda relação jurídica contratual.

A função social do contrato acentua a diretriz de sociabilidade do direito (LORENÇO, 2001:69), que como principio de ser observado pelo intérprete na

aplicação dos contratos. Por idêntica dialética guarda intimidade com o princípio da função social da propriedade previsto na constituição federal.

De certo, o artigo 421 do Código civil articula o direito contratual, no sentido de pautar pela predominância dos valores coletivos em contraposição aos valores axiológidos do plano individual, em tutela ao bem estar social.

"A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato", dispõe o elencado 421 do Código Civil constitui a incisão, em matéria de domínio contratual, bem como do valor constitucional agasalhado como garantia fundamental dos indivíduos e da coletividade que está no art. 5º, inciso XXIII da Constituição Federal, visto que o contrato tem, entre outras funções, a de instrumentalizar a aquisição da propriedade. Se a esta não é mais reconhecido o caráter absoluto e sagrado, a condição de direito natural e inviolável do sagrado, a condição de direito natural e inviolável do indivíduo, correlatamente ao contrato também inflete o cometimento ou o reconhecimento de desempenhar função que traspassa a esfera dos meros interesses individuais.

De certo, a atribuição de uma função social ao contrato não deveria, pois ser objeto de tantas perquirições pela doutrina, até, porque, como já salientado, uma tal atribuição insere-se no movimento da funcionalização dos direitos subjetivos, o qual , há muitas décadas, já não seria novidade na doutrina e mesmo no plano legislativo, bastando recordar a célebre fórmula que, uma vez posta na Constituição de Weimar, ingressou nas Constituições do século XX, como tentativa de buscar harmonização do equilíbrio do binômio, interesses individualistas e necessidade de equilíbrio entre a coletividade.

Da visão moderna de relação jurídica obrigacional, admite-se que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função, e a categoria do direito subjetivo, posto que histórica e contingente como todas as categorias jurídicas, não vem mais revestida pelo "mito jusnaturalista" (COSTA, 1984, p.66), que a recobrira na codificação oitocentista, na qual fora elevada ao status de realidade ontológica, esfera jurídica de soberania do indivíduo.

Assim sendo, o direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício também são afetados pela funcionalização, que indica a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto que

concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios.

Enzo Roppo (1988, p. 10), enfatizando acerca da motivação da realização de um negócio jurídico contratual, assevera que o contrato por ser a veste jurídica das operações econômicas constitui sua função principal na instrumentalização da circulação de riquezas, na transferência da riqueza, atual ou potencial, de um patrimônio para outro. Perquirindo ainda acerca da motivação contratual, aduz-se que a constituição econômica de uma sociedade não é matéria de interesse individual, ou particular, mas atinge – e interessa – a todos, ou seja, o contrato tem, inegavelmente, que atender à função social (ROPPO, 1988, p.29).

O código civil é pautado pela diretriz da sociabilidade, isto é, pela visão de ter estabelecido as regras jurídicas no plano de vivência social, tentando, ainda que de forma tímida, aderir à realidade contemporânea. Este direcionamento é apresentado, no preceito a finalidade social do contrato, que visa a observar o prevalecimento dos valores da coletividade sobre os individuais, sem, contudo, atentar contra os valores individuais da pessoa humana.

Assim, afirma que o ordenamento civil, em matéria contratual, expressão privilegiada da autonomia privada ou em linguagem moderna, do poder negocial, não deverá ser moldado na perspectiva da autonomia ou do poder, mas como o instrumento que, principalmente nas economias de mercado, mas não apenas nelas, instrumentaliza a circulação da riqueza da sociedade, levando em consideração o bem comum.

O manto que cobria a codificação oitocentista, do revogado Código Civil, era reflexo da preeminência do princípio da liberdade contratual em sua face mais individualista e quase absoluta, e esta diretriz foi retirada do ordenamento pátrio, pois sua função social, diante de todas as modificações da sociedade não poderia ser esquecida num código que é marcado, como exclamam doutrinadores civilistas, por coloca da no pórtico da disciplina contratual, formando quase que um preâmbulo de todo o direito contratual, a cláusula geral da função social do contrato é multifuncional. Por isto, inserindo-se, consoante a tipologia acima indicada, em dupla categoria, a saber, a das cláusulas gerais de tipo restritivo e as de tipo regulativo. Este ponto deve ser bem marcado, porque seria intolerável empobrecimento o confiná-la apenas à função de restringir, em certos casos, e para certos efeitos, o princípio da liberdade contratual.

Pois bem, entendemos que as diretrizes contratuais enumeradas no Código Civil têm como finalidade precípua o atendimento à finalidade social do contrato, estabilizando as relações negociais no plano real, atendendo aos valores relevantes da sociedade moderna de consuma massificada por interesses econômicos multifacetados e antagônicos. E, o reconhecimento do valor social do contrato edifica a exigência da liberdade de contratar que além de ser exercida com paridade entre as partes no tocante ao próprio conteúdo do contrato, também seus reflexos ficam atrelados não só aos interesses das partes, mas aos da comunidade, superando a dicotomia entre os interesses privados e coletivos.

3. A Função Social da Empresa

A ordem econômica constitucional estima a função social da empresa, ao determinar que a propriedade não pode mais ser vislumbrada em seu sentido absoluto, devendo ter uma utilidade social, sob a feição de, através do exercício de sua atividade, buscar-se a justiça social. Assim, a empresa tem a função de gerar bem-estar não somente para seus proprietários, mas também para seus funcionários, colaboradores, consumidores, fornecedores, enfim, pra toda a coletividade social. E, a concretização de sua finalidade social só é factível se a sociedade empresária na qual se corporificou cumprir seu objeto social

Pietro Perlingieri (2007, pp. 226-229) em análise da função social da propriedade e utilidade social da empresa, entende que falar de "função social" em relação à propriedade e de "utilidade social" em relação a iniciativa privada, ou seja, em razão de ser levado a efeito os preceitos contidos nas normas constitucionais, de modo que o conteúdo da função social deve ter atuação na promoção (BOBBIO, 2007, pp. 1-21) dos valores fundamentais do ordenamento constitucional, não se finalizando somente na disciplina dos limites da função social, mas, sim, como "a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a determinado sujeito.

Assim, a função social se apresenta como causa de legitimação ou de justificação das intervenções legislativas, as quais deverão se submeter ao controle constitucional, sendo a função social, além disso, parâmetro basilar de interpretação por parte dos juízes e operadores do direito no que tange à propriedade. Neste diapasão o

legislador constituinte ao positivar a função social da ordem econômica, refere-se à propriedade dos bens de produção, ou seja, a função social da empresa.

Nesta perspectiva, a empresa enquanto atividade não pode ser exercida "em contraste com a utilidade social ou de modo a provocar danos à segurança, à liberdade, à dignidade humana", uma vez que o exercício da empresa deve observar e preservar a qualidade de vida, a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Portanto, a empresa como organismo produtivo e de fundamental importância social deve ser analisada à partir da função social, sendo, deste modo, salvaguardada e protegida enquanto: a) constituir instrumento de proteção de riquezas; b) constituir instrumento fundamental de ocupação e de distribuição de riquezas; c) constituir um centro de propulsão do progresso econômico e cultural. Estes três pilares, sustam interesses outros da sociedade, tais como: a) os trabalhadores dependentes; b) dos consumidores de serviços; c) dos fornecedores e, em geral, do mercado de crédito; d) de outros empresários concorrentes.

Partindo destas premissas, a empresa não mais pode ser visualizada como fonte formal de circulação de riquezas (COMPARATO, 2006, p.1), mas também como instrumento de efetivação de direitos outros, emanando, para a empresa, direitos e obrigações que alteram o núcleo da atividade empresarial originária, antes pautada exclusivamente no lucro para, agora, ter em sua essência, necessariamente, a responsabilidade social, isto é, leva-se para o centro da atividade a garantia fundamental à função social juntamente à noção de ordem pública.

Para tanto, a sociedade empresária notadamente a sociedade limitada por ser a forma societária mais adotada pelas pequenas, médio e até grandes empresas, há que estar putada neste binômico empresa-sociedade, principalmente no território de se estado, aperfeiçoando, por conseguinte, os conceitos de filantropia institucional para solucionar problemas em níveis locais.

Não obstante, o dilema está na convergência de interesses do investidor, do comprador de produtos e serviços, dos fornecedores, dos vendedores de insumos, dos funcionários da empresa, nos interessados na manutenção do meio ambiente sadio, dos envolvidos em melhores relações de consumo e do próprio governo, para, com isto, tentar-se não angariar apenas a satisfação dos envolvidos nas trocas, mas, necessariamente, toda a comunidade.

4. Função Social da Sociedade Limitada

Neste contexto, a sociedade empresária deve levar em consideração, em sua atividade, não só os interesses de sua pessoa jurídica, mas na atuação e convivência coletiva: a primeira voltada para as atividades da *mercancia* ou econômicas; a outra, voltada especificamente para o âmbito social. Caminhos aparentemente opostos, pois, no econômico, o principal objetivo é o lucro que provêm do socioeconômico, enquanto no social, o objetivo é o bem-estar coletivo. Ambos ocupando o mesmo espaço cósmico.

Porquanto, a função social da empresa deve estar entrelaçada também ao interesse alheio e não somente ao da sociedade que a compõe. Entende-se, assim, que a finalidade social da empresa deve ser exercida não só pelo empresário individual, mas por qualquer modelo societário instituído no ordenamento jurídico brasileiro.

O legislador do Código Civil de 2002 quedou-se inerte ao atendimento do princípio diretivo da Constituição Federal, por não ter dimensionado que a finalidade social só poderá ter efetividade quando a sociedade executar fielmente o objetivo social a que se propõe em seu ato constitutivo. E, visualiza-se esta omissão na disciplina da administração societária, onde dispõe o artigo 1011 que "o administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios". Não especificando, contudo, a efetivação do objeto social, atendendo a finalidade social da sociedade.

A relevância da empresa como instrumento da efetivação de preceitos constitucionais é de tamanha relevância que a constituição cuidou, também, da criação de mecanismos de proteção do exercício da atividade empresária. Pode-se afirmar, deste modo, que, na atualidade, a empresa está inserida em um núcleo de proporção tão demasiada, que acaba por influenciar toda a sociedade.

Sendo assim, tendo em vista a função social da empresa não estar na órbita apenas da distribuição de lucros entre os sócios, mas refletida em outros interesses, tais como os difusos e coletivos, o Estado criou uma série de atitudes protecionistas visando a proteção e o mantenimento da atividade empresaria. Portanto, a preservação da empresa não pode ser vista como alhures, isto é, apenas na manutenção de um negócio

para não gerar prejuízo a credores, mas, ao revés, deve ser vista como instrumento de efetivação das garantias constitucionais, irradiando o direito fundamental à função social para toda a coletividade.

Conclusão

Diante do exposto nota-se aplicação do princípio da função social no Direito Empresarial a partir de uma renovada teoria contratual, que, pautada na interpretação sistemática, axiológica e teleológica do ordenamento jurídico, faz com que o Direito Empresarial seja interpretado à luz dos princípios e garantias da Constituição Federal, o que se consolida, como exposto, através das sociedades limitadas, como modelo societário de maior utilização para a pratica empresarial coletiva.

A visão individualista positivada sob os ideários do liberalismo francês, restou insuficiente para atender às demandas sociais emergentes. Assim, princípio da função social da empresa, mas de qualquer instituição evoluiu em prol da atenção do pensamento difuso, social e coletivo, isto é, a empresa não mais pode ser vista como fim em si mesmo, mas como meio para atender aos fins maiores da nossa Constituição Federal, pautada na solidariedade social e na Dignidade da Pessoa Humana. Sendo assim,

> Na economia moderna, ambos devem trabalhar juntos, pois é notório que a atividade empresarial assumiu dimensões extraordinárias que cada vez mais vêm se acentuando nesta época de globalização. A crescente concentração de riquezas que estamos presenciando com os grandes conglomerados empresariais tornará, em não muito tempo, insustentável o ciclo produtivo, caso permaneça essa visão antiquada da empresa capitalista. Importante ressaltar que sua contribuição à sociedade não significa uma diminuição dos lucros. Pelo contrário, podemos felizmente constatar uma sensível melhora nas condições econômico-financeiras das instituições que têm adotado medidas de caráter social. São alternativas viáveis e necessárias a esse novo contexto mundial. A sociedade está cobrando cada vez mais essa atuação. (ARNOLDI; MICHELAN, 200, pp. 157-162)

Portanto, esta renovada hermenêutica jurídica faz com que o Direito Societário seja instrumento efetivo da aplicação da função social garantida em diversas passagens do texto constitucional, neste caso, na ordem econômica e social. O lucro da atividade empresarial não pode ser conquistado em face do prejuízo de outrem, isto é, a função social passa a ser elemento indispensável da atividade empresária, uma vez que o ganho

econômico que desrespeitar aos interesses difusos e coletivos, não receberá proteção do ordenamento jurídico.

Referências

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. *Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Ano XXXIX, nº 117, janeiro/março de 2000 ,pp. 157-162

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil).* Disponível em:< http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf >. Acesso em 25 de maio de 2016).

BOBBIO, Norberto. *A função promocional do direito. In* Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito. Rio de Janeiro: Manole, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2016.

BRASIL. Código Civil, Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm >. Acesso em: 25 de maio de 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos e Deveres Fundamentais em matéria de propriedade*. Artigo obtido pela internet, In: Revista nº 03 do Conselho da Justiça Federal. Disponível em:<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm>.

COSTA, Mario Júlio de Almeida. *O Direito das Obrigações*, 5º ed. Coimbra: Almedina, 1991.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, Direitos Reais, v. 5*. 8. ed. Salvador: Editora jusPodivm, 2012.

LOURENÇO, José. *F Limites à liberdade de contratar – Princípio da Autonomia e da heteronomia da vontade nos negócios jurídicos.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um "sistema em construção": As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro*. Revista dos tribunais. V. 753. p. 24-48. jul. 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional.* Revista de Direito Civil, n.65, 1993.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

REALE, Miguel. *O projeto do Código-Civil – situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução: Ana Gomes M. Januário. Coimbra: Almedina, 1988.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. Temas de Direito Civil, T.I. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004.

GIORGIANNI, Michele. *O Direito Privadoo e suas atuais Fronteiras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano. 87, v. 747, 1998, p. 35-55.