

**FUNÇÃO SOCIAL E CONCORRÊNCIA NO  
DIREITO DE EMPRESA**

**MARCELO CÂNDIDO DE AZEVEDO**

Piracicaba, SP - Brasil

2007

# **FUNÇÃO SOCIAL E CONCORRÊNCIA NO DIREITO DE EMPRESA**

**MARCELO CÂNDIDO DE AZEVEDO**

**ORIENTADOR:- Prof. Dr. Antonio Martin**

**Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, Área de Concentração em Direito Empresarial.**

**Piracicaba, SP**

**2007**

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

MESTRADO EM DIREITO

Área de Concentração:

Dimensões Políticas e Instrumentais do Direito

Linhas e Projetos de Pesquisa:

Direitos Fundamentais, Globalização e Cidadania

Empresa, concorrência e mercado

# **FUNÇÃO SOCIAL E CONCORRÊNCIA NO DIREITO DE EMPRESA**

**MARCELO CÂNDIDO DE AZEVEDO**

**BANCA EXAMINADORA**

.....

**Prof. Dr. Antonio Martin(UNIMEP/USP)**

.....

**Profa. Dra. Eliane Maria Octaviano Martins(USP)**

.....

**Prof. Dr. Jorge Luis Mialhe(UNIMEP)**

## FICHA CATALOGRÁFICA

Azevedo, Marcelo Cândido de, 1965-

Função social e concorrência no Direito de Empresa/ Marcelo Cândido de Azevedo - 2007. Piracicaba, SP.

153p.

Orientador: Prof. Dr. Antonio Martin

Dissertação (mestrado em direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Metodista de Piracicaba

1- Direito Comercial : Brasil. 2- Empresa. 3- Concorrência. 4- Função social.

## RESUMO

O presente ensaio trata da questão da função social e sua correspondência no direito concorrencial. Para a abordagem deste tema, iniciamos o estudo do Direito Comercial, por um breve apanhado histórico, analisando as principais transformações advindas do fenômeno da constitucionalização e da unificação do direito das obrigações, com a migração do Estado Liberal para o Estado Social (*Welfare State*), passando pela moderna teoria da empresa e seu aspecto funcional (Empresa como atividade), abordando também questões sobre a regulação e o mercado. Os vários interesses envolvidos na atividade econômica e as constantes mudanças da sociedade mostram que o fenômeno da concorrência não se esgota, pelo contrário, melhor se organiza e se estrutura, numa dinâmica de alargamento de mercado e de otimização de produtos e de serviços. Em vista dos fenômenos de concentração econômica e do abuso do poder, a preocupação com a dominação dos mercados é a tônica do direito concorrencial. Dessa forma, procurou-se analisar o desenvolvimento dos princípios atinentes à função social e o impacto na regulação da concorrência, como forma de distribuição da chamada “justiça social”.

**Palavras Chave:-** Direito Comercial. Direito Empresarial. Empresa. Direito Concorrencial. Concorrência. Mercado. Função social.

## ABSTRACT

The present essay is about the question of social function and its correspondence in the concurrences law. To study this theme we are going to start the study of the commercial law by a short historical analysis, the mainly transformations from the constitucionalization and the unification of the obligation rights with the migration from the Liberal State to the Social State (*Welfare State*) with the study of the modern enterprise theory and its functional aspect (enterprise like activity), and its correspondence with regulation and market. There are so many interests involved in the economical activity and the frequent movements of the society show that the concurrence phenomenon does not finish, but, on the other side, it develop in structure and market enlargement, including quality of products and services. By the economical concentration and power market abusing phenomena, the worry of the commercial law is the domination, so we tried to analyze the principles of social function and its influence on concurrence, like a way of distribution of the "social justice".

**Keywords:-** Commercial Law. Bussines Law. Enterprise. Concorrential Law. Concurrence. Market. Social Function.

## RESUMEN

El presente ensayo trata sobre la función social y su influencia en el derecho de la competencia. Para abordar este tema, iniciamos el estudio del derecho comercial, por una breve analice histórica, analizamos las principales transformaciones oriundas del fenómeno de la constitucionalización e de la unificación del derecho de las obligaciones, con la migración del Estado Liberal para el Estado Social, pasando por la moderna teoría de empresa y su analice funcional (Empresa como actividad), abordando el asunto de la regulación y del mercado. Los diversos intereses que ocurren en la actividad económica y los constantes cambios de la sociedad muestran que el fenómeno de la competencia, no disminuye, al contrario, mejor se organiza y se estructura, en una dinámica de aumento de mercado y de optimización de productos y servicios. En vista de los fenómenos de concentración económica y abuso de poder, la preocupación con el dominio de los mercados, es la tónica del derecho de la competencia. Igualmente, se analiza el desarrollo de los principios que influyen en la función social y el impacto en la regulación de la competencia, como forma de distribución de la llamada “justicia social”.

**Palabras Clave:-** Derecho Comercial. Derecho Empresarial. Empresa. Derecho de la Competencia. Competencia. Mercado. Función social.



“Percorrei a estrada da Virtude;

Tende por Imagem Deus;

Por Altar, a Consciência;

Por Lei, a Caridade”.

## **Agradecimentos**

À DEUS, único e incomparável.

À minha querida esposa Cristina por sua compreensão, paciência e inesgotável apoio.

Aos meus filhos, Marcelo e Pedro Henrique, bênçãos na minha vida.

Agradeço ao Professor Dr. Antônio Martin pelo estímulo, por sua constante motivação e preciosa orientação.

Aos demais alunos e funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unimep, pelo apoio ao longo de todo o curso.

## ÍNDICE GERAL

INTRODUÇÃO.....	13
Capitulo I.....	16
1. O DIREITO COMERCIAL NA SUA ORIGEM.....	16
1.1. A primeira fase – os primórdios .....	18
1.2. A segunda fase – o período mercantilista.....	24
1.3. A terceira fase – o liberalismo e os atos de comércio.....	27
1.4. A quarta fase – o moderno direito de empresa.....	30
Capitulo II.....	34
2. A EMPRESA .....	34
2.1. Conceito de empresa.....	34
2.2. Noção de Empresa e de Estabelecimento Comercial.....	38
2.3. Estabelecimento .....	41
2.4. Aviamento e clientela.....	44
2.5. Direito à clientela .....	48
2.6. Cessão de clientela .....	49
2.7. Proteção à clientela .....	55
Capitulo III.....	59
3. ASPECTOS JURÍDICOS DA ATIVIDADE ECONOMICA.....	59
3.1. O contrato como meio de exercício da atividade empresarial .....	59
3.2. Principais inovações no Direito Mercantil.....	62

3.2.1. A questão da autonomia da vontade.....	65
3.2.2. A questão do paradigma contratual.....	69
3.2.3. Ética no contrato: Boa-fé e probidade.....	74
3.2.4. O equilíbrio contratual absoluto.....	77
Capítulo IV.....	82
4. MERCADO E REGULAÇÃO.....	82
4.1. Noção de mercado.....	82
4.2. Mercado relevante.....	86
4.3. Mercado e práticas abusivas.....	88
4.3.1. Imposição de preços excessivos.....	91
4.3.2. Imposição de preços abaixo do custo.....	93
4.3.3. Vendas casadas.....	94
4.4. Regulação.....	95
4.4.1. Os mecanismos de controle das infrações à ordem econômica.....	95
Capítulo V.....	100
5. FUNÇÃO SOCIAL E CONCORRÊNCIA.....	100
5.1. Primeiras considerações.....	100
5.2. O fenômeno da função social e sua repercussão.....	105
5.3. Propriedade dos meios de produção e propriedade socializada.....	111
5.4. Função social do contrato.....	116
5.5. Função social da empresa.....	126
5.6. Função social e regulação da concorrência.....	136
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	144
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFIAS.....	148

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto a abordagem do fenômeno “empresa” e seus conseqüentes desdobramentos.

De fato, um longo caminho foi percorrido até que a ciência jurídica chegasse à conclusão de que *empresa é uma atividade econômica intermediária entre a produção e o consumo de bens e de serviços*<sup>1</sup>.

Para tanto, inicia-se o estudo por uma abordagem histórica do tema, perfilhando os caminhos dos antigos mascates até se chegar aos primórdios do comércio, com o surgimento das feiras dos Séculos IX e X, de onde se observa que o Direito Comercial já nasce globalizado, vez que os mercadores da época percorriam territórios e cidades independentemente das fronteiras.

Vê-se, também, como eram as concepções doutrinárias iniciais acerca dos chamados “atos de comércio” e as dificuldades de conceituação, passando pelas importantes alterações que sofreu a figura jurídica do contrato, meio pelo qual a atividade é exercida, enfim, até a moderna teoria da empresa e suas relações com o mercado.

---

<sup>1</sup> BROSETA PONT, Manuel. *La Empresa, La Unificación Del Derecho De Obligaciones Y El Derecho Mercantil*, Madrid, Editorial Tecnos S/A, 1965, p. 167.

Assim, para o exame dos novos preceitos que regem as atuais figuras do Direito de Empresa é necessária a análise dos fenômenos que tomaram corpo a partir da transição do regime feudalista para o capitalista, com a massificação da sociedade e das relações sociais, após a Revolução Industrial.

Com efeito, a empresa, no exercício de sua atividade, exerce forte influência sobre os mercados, gerando um sem número de questões e de problemas relacionados com o fenômeno concorrencial, que antes não eram observados, mas que, agora, quando direito e economia se entrelaçam, tornam-se mais perceptíveis e dignos de um aprofundamento no estudo de suas conseqüências e fins.

Adentra-se na questão da concorrência, tema esse que é hoje, indubitavelmente, a “menina dos olhos” dos estudiosos do Direito de Empresa, tendo a clássica frase do Prof. OSCAR BARRETO FILHO<sup>2</sup>, segundo o qual, sem concorrência não há direito comercial, como fonte de inspiração para a pesquisa, sobretudo no aspecto funcional da regulação da concorrência como forma de exercício da função social da empresa.

---

<sup>2</sup> BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª. Ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 184.

O tema da função social, fruto do enfoque civil-constitucional que permeia os institutos, não poderia ser deixado de lado. Dá-se uma breve notícia acerca da evolução do conceito, chegando-se à mudança do sistema fechado para o sistema aberto.

De fato, é mencionado que, com a quebra do paradigma da individualidade, passa-se para o novo viés da dignidade da pessoa humana e do solidarismo social, ficando, então, imprescindível o estudo da função social.

Com a mudança das formas contratuais, também mudaram os princípios que regem os institutos. Se antes, a autonomia da vontade era o mote do direito contratual, hoje princípios como a boa-fé e o equilíbrio contratual preponderam.

Toda esse análise é necessária para que, ao final, sejam relacionados os conceitos de função social com a regulação e concorrência, a fim de dar os elementos necessários à compreensão desse importante fenômeno.

Em suma, é o que se pretende demonstrar nas páginas que seguem.

# Capítulo I

## ***1. O DIREITO COMERCIAL NA SUA ORIGEM***

Tarefa extremamente difícil é localizar o início do comércio enquanto atividade humana, entretanto, pode-se dizer que o Direito Comercial nasceu como direito consuetudinário, conservando essas características até o surgimento das primeiras codificações na Idade Moderna. De qualquer forma, tal fenômeno jurídico está ligado à atividade comercial desde os primórdios da existência.

Nossos primeiros ancestrais viviam da caça e da pesca. Depois, assimilaram a atividade pastoril, com a qual nasce a rudimentar indústria de transformação e a etapa agrícola, cuja característica marcante é a fixação do homem ao solo e o delineamento do conceito de propriedade privada.

O comércio, em sentido lato, decorre da necessidade grupal humana de provisionamento. e o conseqüente aparecimento da "mercadoria intermediária", ou seja, a "moeda de troca". A princípio, essa moeda de troca era representada por coisas desejadas ou escassas (sal, animais domésticos, etc.) e, em uma fase posterior, por metais – a moeda propriamente dita.



Com o passar do tempo, o homem verificou que possuía algumas coisas a mais do que necessitava, e que não tinha tudo o que carecia. Isto deu origem às trocas, primeiramente com os vizinhos, depois com grupos maiores e mais distantes, até ultrapassar os limites da cidade. Disso surgem as condições indispensáveis ao desenvolvimento do tráfico mercantil<sup>3</sup>.

O comércio, antes restrito aos limites da cidade, internacionaliza-se, e encontra no mar o seu caminho natural. Assim, fica extremamente difícil dizer em qual momento surgiu a primeira regra jurídica mercantil ou aplicável ao comércio<sup>4</sup>.

Logo de início, a História registra os fenícios como grandes comerciantes, especialmente pela navegação que estabeleceram entre a Ásia e as costas do Mediterrâneo, assim como os Assírios e os Gregos da Ásia Menor<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> ASCARELLI, Tullio. *Iniciación al estudio del derecho mercantil*, Publicaciones Del Real, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1964, p. 33.

<sup>4</sup> CARVALHO DE MENDONÇA, J.X. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Vol. I, 7ª. Ed., Freitas Bastos, 1963, p. 48.

<sup>5</sup> RODRIGUEZ, Carlos Juan Zavala. *Derecho De La Empresa*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1971, p. 07.

Entretanto, para fins de estudo, dividiremos em quatro as principais fases de desenvolvimento do Direito Comercial.

### **1.1. A primeira fase – os primórdios**

A primeira fase do Direito Comercial é caracterizada pelo comércio itinerante. Inicialmente, o meio de mercancia mais utilizado era, de um lado, pela via terrestre, o *nomadismo* e, de outro a *navegação*. Era no dorso dos animais que o comércio se desenvolveu nos primórdios, onde seguiam transportadas as especiarias, os fardos de tecidos e todo o tipo de produto que se possa imaginar, de povoado a povoado, de cidadela a cidadela.

Como bem observado por WALDEMAR FERREIRA<sup>6</sup>, “as rotas dos mercadores coincidiam não poucas vezes com as dos santuários de mais alta devoção, convertidos em mercados e feiras dos mais ativos”.

Isso se desenvolveu sobremaneira por toda a Ásia e Europa, ao ponto que se passou a criar em várias cidades feiras uma ou mais vezes ao ano, que duravam dias ou até semanas, as quais, via de regra, se

---

<sup>6</sup> FERREIRA, Waldemar, *Tratado de Direito Comercial*, Saraiva, São Paulo, Vol. I, 1.960, p. 24.

fixavam próximas às igrejas e santuários, pelo maior número de pessoas que transitavam<sup>7</sup>.

Os primeiros legisladores, nas sociedades antigas, não discerniam com clareza as esferas do Direito, da moral e da religião. A conduta dos homens estava condicionada às crenças da época, variando muito de local para local. Não é improvável que as primeiras trocas tenham surgido à sombra dos templos e que as primeiras normas tenham sido ditadas por sacerdotes<sup>8</sup>.

Entretanto, a auto-tutela e os pactos verbais não bastavam para dar garantia às relações formais da época, surgindo então as primeiras legislações, como, por exemplo, a Mosaica<sup>9</sup>.

Já no segundo século da Era Cristã, quando o Império Romano alargava seus domínios, percebe-se que os costumes e as leis iam gradualmente sendo sedimentados, ainda que debaixo da opulência do Senado, o qual era investido de autoridade soberana e delegava aos imperadores todos os poderes executivos de governo<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Op. cit., p. 25.

<sup>8</sup> ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos Direitos dos Povos*, 4a. ed., São Paulo, Melhoramentos, 1964, p. 7.

<sup>9</sup> Op. cit., p. 10.

<sup>10</sup> GIBBON, Edward. *Declínio e Queda do Império Romano*, edição abreviada, São Paulo, Companhia das Letras, 1989, p. 29.

De fato, nessa época do Império Romano o poder Legislativo é nomeado pelo Executivo, em uma fase marcada pela ascensão e queda de diversos tiranos<sup>11</sup>.

Já na Idade Feudal, a Igreja foi um elemento economicamente dinâmico, em especial pela forte influência dominante que exercia.

Como apontado por LEO HUBERMAN, “a Igreja foi a maior proprietária de terras do período feudal”<sup>12</sup>, especialmente devido às doações que recebiam de seus fiéis, que para garantirem lugar no céu, pagavam, a título de indulgência, com propriedades, pedras preciosas, etc. Daí a origem do termo freguesia, próprio do direito canônico.

A partir do século IX, as feiras começaram a surgir por toda a Europa, com a característica básica do retorno à atividade comercial: não era a produção que ia atrás do consumidor, mas este é que se deslocava às fontes de produção. Delas tiveram origem muitos institutos comerciais, como por exemplo, o uso da letra como instrumento de pagamento, o comércio de dinheiro, etc<sup>13</sup>.

Mercadores de toda a Europa se reuniam, com data previamente marcada, nas feiras, difundindo os seus usos e costumes comerciais.

---

<sup>11</sup> Op. cit., p. 72.

<sup>12</sup> HUBERMAN, Leo. *História da Riqueza do Homem*, 16ª. Ed., Rio de Janeiro, Zahar Editores, p. 22.

Delas, participavam somente mercadores que realizavam negócios em grande escala, destinados à exportação por atacado. O varejo restringia-se aos mercados, destinados a suprir as necessidades locais. As feiras chegaram a um tal ponto de desenvolvimento, que ultrapassaram as festas religiosas, às quais estavam ligadas, transformando-se em reais manifestações do comércio internacional<sup>14</sup>.

As mais importantes feiras foram as de Saint Denis, Beaucaire, na França, que duravam o ano todo, sempre no mesmo lugar; Lendit, nos muros de Paris; e as de Champagne. Na Itália, destacaram-se as de Bolonha, Ferrara e Trento, que se realizavam duas vezes por ano. Na Alemanha, as de Frankfurt e Leipzig<sup>15</sup>.

Para ASCARELLI<sup>16</sup>:

“é na civilização das comunas que o direito comercial começa a afirmar-se em contraposição à civilização feudal, mas também distinguindo-se do direito romano comum que, quase simultaneamente, se constitui e se impõe. O direito comercial

---

<sup>13</sup> Op. cit., p. 33.

<sup>14</sup> Importante lição que se pode tirar das feiras do Século IX/X é que o Direito Comercial já nasce globalizado, não encontrando barreiras, sequer entre os territórios e nações da época.

<sup>15</sup> RODRIGUEZ, Carlos Juan Zavala. *Derecho De La Empresa*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1971, p. 05.

<sup>16</sup> ASCARELLI, Túlio. *Corso de Diritto Commerciale – Introduzione e Teoria dell’Impresa*, 3ª. Ed., Milão, Giuffrè, 1962, tradução de Fábio Konder Comparato, in RDM 103/87.

aparece, por isso, como fenômeno histórico, cuja origem é ligada à afirmação de uma civilização burguesa e urbana, na qual se desenvolve um novo espírito empreendedor e uma nova organização dos negócios. Essa nova civilização surge, justamente, nas comunas italianas”.

FERNAND BRAUDEL<sup>17</sup> descreve com tamanha vivacidade como se formavam as feiras, que é digno de transcrição o seguinte trecho:

“Sob sua forma elementar, as feiras ainda hoje existem. Pelo menos, vão sobrevivendo e, em dias fixos, ante nossos olhos, reconstituem-se nos locais habituais de nossas cidades, com suas desordens, sua afluência, seus pregões, seus odores violentos e o frescor de seus gêneros. Antigamente eram quase iguais: algumas bancas, um toldo contra a chuva, um lugar numerado para cada vendedor, fixado de antemão, devidamente registrado e que é necessário pagar conforme as exigências das autoridades ou dos proprietários; uma multidão de compradores e uma profusão de biscateiros, proletariado difuso e ativo: debulhadoras de ervilhas que tem fama de mexeriqueiras inveteradas, esfoladores de rãs (que chegam a Genebra e a Paris em carros inteiros, de mula), carregadores, varredores, carroceiros, vendedores e vendedoras ambulantes, fiscais severos que transmitem de pais para filhos seu mísero ofício, mercadores, varejistas e, reconhecíveis pelas roupas, camponeses e camponesas, burgueses em busca de algo para comprar, criadas que são hábeis em passar a perna (dizem os ricos) nos patrões quanto ao preço (“ferrar a mula”, dizia-se então), padeiros que vão à feira vender grandes pães, açougueiros com suas várias bancas atravessando ruas e praças, atacadistas (mercadores de peixe, de queijo, ou de manteiga por atacado), coletores de taxas... E depois, expostas por toda a parte, as mercadorias, barras de

---

<sup>17</sup> BRAUDEL, Fernand. *Os Jogos das Trocas*, Martins Fontes, 1.996, p. 14/15.

manteiga, montes de legumes, pilhas de queijos, de frutas, de peixes ainda pingando, de caça, de carnes que açougueiro corta na hora, livros que não foram vendidos e cujas folhas impressas servem para embrulhar mercadorias. Dos campos chegam ainda a palha, a lenha, o feno, a lã e até o cânhamo, o linho e mesmo tecidos de teares de aldeia”.

O comerciante, diante desse quadro, sentia necessidade de ter um regulamento próprio que facilitasse o exercício do comércio e protegesse seus interesses. Isto favoreceu a formação do direito especial, fruto do papel desempenhado pelas corporações de mercadores e pelo costume, muito mais flexível do que o direito escrito, e mais apto a atender às exigências do comércio<sup>18</sup>.

Surgem então os mercados (feiras cobertas), alguns muito conhecidos como o mercado do trigo de Toulouse, desde 1.203; o mercado do vinho; o mercado de couros; o mercado de calçados, citados por Braudel<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> ASCARELLI, Tullio. *Iniciación al estudio del derecho mercantil*, Publicaciones Del Real, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1964, p. 36.

<sup>19</sup> Op. cit., p. 20.

Os mascates, na visão de Braudel, são mercadores com um enorme potencial, inclusive a eles é atribuída à criação das primeiras lojas de aldeia<sup>20</sup>.

De qualquer forma, é digno de observação esse importante período no qual o comércio ganhou tamanha desenvoltura.

## **1.2. A segunda fase – o período mercantilista**

Conforme adverte ZAVALA RODRIGUEZ<sup>21</sup>, as condições sócio-econômicas e políticas vigentes nos Séculos XVII e XVIII, praticamente impuseram o surgimento das corporações de artes e ofícios, cuja finalidade era a de proteger e de assistir os seus membros, sendo a mais importante a dos mercadores. Eram governadas por cónsules, eleitos anualmente por seus membros, que tinham funções de caráter político e judicial. Estes eram assistidos por um conselho que velava pelos interesses corporativos, aprovava os estatutos e interpretava as leis mercantis.

Esta fase do direito comercial é fortemente marcada pela expansão colonial e coincide com o mercantilismo. É a época das grandes sociedades que eram criadas sempre com a autorização do Estado.

---

<sup>20</sup> Op. cit., p. 59.

<sup>21</sup> RODRIGUEZ, Carlos Juan Zavala. *Derecho de La Empresa*, Ediciones Depalma, Buenos Ayres, 1971, p. 6.



Tais cortes estabeleciam a solução de casos concretos a partir da utilização de usos e costumes mercantis da época, que vinham sendo progressivamente formados no exercício do comércio. O cônsul, ao assumir, realizava uma promessa solene de que desempenharia uma boa administração. Tal promessa era escrita em um documento, juntamente com todas as regras processuais, industriais, de métodos de trabalho, decisões de Assembléias das Corporações e dos Conselhos, em ordem cronológica, formando os Estatutos. Os comerciantes mais notáveis eram indicados estatutários, responsáveis pela feitura e revisão dos Estatutos.

A justiça consular era rápida e sem formalismos, realizada entre as partes, sem a participação de advogados. O juiz levava em consideração a boa fé e o direito costumeiro, e de suas decisões não cabia recurso. Somente em casos especiais era formado um tribunal com membros sorteados entre os comerciantes, estes chamados de Supra-cônsules<sup>22</sup>.

Lentamente, as corporações de mercado foram ampliando sua jurisdição, estendendo-a a todos os litígios entre os comerciantes e outras pessoas. Exerceram poderes legislativos (reconhecido pelas leis) e judicial,

---

<sup>22</sup> WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, 2ª. Ed., Lisboa, Fundação Caloute Gulbenkian, 1967, p. 87.

origem primeira do Direito Estatutário – que era um *jus* distinto e separado do Direito Comum.

As corporações organizavam o trabalho de seus membros em forma de monopólio, com um número limitado de inscritos<sup>23</sup>.

Grandes acontecimentos político-econômicos ocorridos durante do século XV – como a queda de Constantinopla em 1453 - se refletiram no comércio e na formação do Direito Comercial. A derrocada do Império Romano do Oriente é marco inicial da Idade Moderna e reveste-se de fundamental importância, visto que suas conseqüências, como o fechamento do caminho do Oriente para o comércio determinou a decadência das repúblicas italianas, e estimulou outros povos na procura de um novo caminho para o comércio – como os portugueses e espanhóis<sup>24</sup>.

Na Idade Moderna a economia passa para uma estrutura tendo como base não mais as cidades, mas, sim os Estados. Mesmo com essa mudança o comércio continua inserido no quadro político e, para satisfazer

---

<sup>23</sup> RODRIGUEZ, Carlos Juan Zavala. *Derecho de La Empresa*, Ediciones Depalma, Buenos Ayres, 1971, p. 6.

<sup>24</sup> GIBBON, Edward. *Declínio e Queda do Império Romano*, edição abreviada, São Paulo, Companhia das Letras, 1989, p. 470.

a conexão entre o grau de poder político e a capacidade econômica, nasce o mercantilismo.

Na visão de WIEACKER<sup>25</sup>, o mercantilismo representa o próprio objeto da economia, sendo a arte de obter-se a maior soma de riquezas e conseqüentemente de poder político, o que se tornou possível com a formação dos grandes Estados e a utilização em larga escala do capital comercial e financeiro. Conseqüentemente temos a inserção do Estado nos monopólios profissionais característicos da Idade Média, transformando a atividade em monopólios sob regulação estatal.

### **1.3. A terceira fase – o liberalismo e os atos de comércio**

Fruto da revolução inglesa, surge o liberalismo, como doutrina econômica, tendo como base o pensamento de Adam Smith, para quem, os movimentos de mercado controlariam os resultados econômicos do trabalho e do capital<sup>26</sup>.

A teoria do liberalismo se baseia no fato de que todos os homens são iguais e, sendo assim, somente com ampla liberdade o mercado

---

<sup>25</sup> WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, 2ª. Ed., Lisboa, Fundação Caloute Gulbenkian, 1967, p. 158.

<sup>26</sup> SOUZA, José Carlos Martins de. *Economia política: história dos fatos econômicos e conceitos fundamentais*, 2ª. Ed., São Paulo, José Bushatsky, 1979, p.98.

caminharia para um crescimento desejável. Seriam os princípios norteadores desse sistema, a divisão de trabalho e a livre concorrência<sup>27</sup>.

É nessa época também que, surgem os fundamentos da teoria liberal econômica, como a liberdade de empresa, propriedade privada, liberdade de câmbio, liberdade contratual e autonomia da vontade.

Trata-se de uma resposta ao período anterior, tendo como necessidade o afastamento da dominação do clero e da nobreza, regime em que a vontade individual era mínima, ante a preponderância das classes dominantes.

A Idade Moderna é também a época das invenções que mudaram o curso da história, das navegações e descobertas, da formação dos grandes estados nacionais, dos quais surgiram os primeiros sistemas nacionais de comércio. Ao mesmo tempo, agoniza o feudalismo e a autoridade real se fortalece, as corporações entram em decadência e o poder político da Igreja se enfraquece.

Esses eventos provocaram mudanças importantes no campo político, social e econômico, repercutindo fortemente na evolução do direito e, em particular, no Direito Comercial.

---

<sup>27</sup> op. cit., p. 99.

Destaca-se, nesse período, a formação da Escola Italiana que realizou a sistematização do Direito Comercial cujos autores foram os primeiros que trataram metodicamente das operações comerciais, recebendo o nome de "comercialistas"<sup>28</sup>.

A promulgação do Código Napoleônico, de 1.806, também chamado de *Code de Commerce* influenciou toda a legislação da época, surgindo então o conceito objetivo de comerciante, como sendo aquele que pratica atos de comércio com habitual profissionalidade.

Afasta-se a idéia do Direito Comercial como sendo o direito dos comerciantes, para se estabelecer um Direito Comercial como o direito dos atos de comércio, concepção essa que causaria grande dificuldade doutrinária.

A teoria dos atos de comércio resume-se a uma relação de atividades econômicas, sem qualquer correlação entre elas, em que pese juristas de renome tentarem, porém sem sucesso, formular uma regra unitária, como Brasília Machado, Alfredo Rocco, Gaston Lagarde, J. X. Carvalho de Mendonça dentre outros citados por RUBENS REQUIÃO<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> ASCARELLI, Tullio. *Iniciación al estudio del derecho mercantil*, Publicaciones Del Real, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1964, p. 76.

<sup>29</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, 14ª. Ed., 1984, p. 36.

#### 1.4. A quarta fase – o moderno direito de empresa

Hoje, a conceituação de Direito Comercial é fruto do desenvolvimento do conceito jurídico e econômico de empresa, estudo esse vindo do direito italiano, tendo como expoente CESARE VIVANTE, que identificou um conceito jurídico e outro econômico de empresa<sup>30</sup>.

Entre nós, WALDIRIO BULGARELLI<sup>31</sup>, com muita propriedade, salienta:-

“Concorda de maneira geral a doutrina italiana em que não houve mera substituição do comerciante pelo empresário e sim a adoção de um sistema dando preeminência a este e assim igualando os agentes das atividades econômicas da produção de bens ou serviços, sob a rubrica de empresário, mas, note-se, concebido este não como especulador, porém como responsável pela produção; desta forma, o comerciante antigo foi absorvido pela categoria de empresário, como titular da atividade intermediária. Há que se atentar, pois, por outro lado, que o empresário comercial corresponde de certa forma ao antigo comerciante e não ao empresário em geral, ou seja, há correspondência entre os dois, no que se refere ao fato de que ambos exercem atividade econômica organizada de intermediação, e há diferença, no fato de que é considerado empresário porque é agente de produção e não mero especulador”.

---

<sup>30</sup> MARCONDES, Sylvio. *Problemas de Direito Mercantil*, 2ª. Tiragem, São Paulo, Max Limonad, 1970, p. 11.

<sup>31</sup> BULGARELLI, Waldirio. *Tratado de Direito Empresarial*, 2ª. Ed., Atlas, 1.995, p. 59.

Tal origem, como dito, vem do Código Civil Italiano de 1942 que não definiu empresa, mas a figura do empresário como sendo: “É empresário quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada tendo por fim a produção ou a troca de bens ou de serviços”.<sup>32</sup>

Então, ante a inexistência do conceito jurídico de empresa, mas tão somente de seu titular, passou a doutrina a perquirir acerca desse conceito e natureza jurídica, podendo-se destacar a tese de ASQUINI<sup>33</sup>, que vislumbrou um perfil poliédrico de empresa, com conotação *subjetiva, funcional, objetiva* ou *patrimonial e corporativa* ou *institucional*.

Nesse conceito, o aspecto subjetivo é visto como o de quem exerce a atividade econômica organizada em nome próprio – o empresário, com o fim de operar para o mercado e não para consumo próprio, de forma profissional e, não ocasionalmente.

No perfil funcional, destacam-se as referências dadas pelos arts. 2.084, 2.085, 2.196, 2.198, 2.203 e 2.204 do Código Civil Italiano, onde se

---

<sup>32</sup> “2082 – Imprenditore – È imprenditore (2086) chi essercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi”. ITÁLIA, Código Civil Italiano. [http://www.jus.unitn.it/Cardozo/Obiter\\_Dictum/codciv/Lib5.htm](http://www.jus.unitn.it/Cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Lib5.htm) Acesso em 21 set. 2006.

<sup>33</sup> ASQUINI, Alberto. *Os Perfis da Empresa*, trad. Fábio Konder Comparato, IN Revista de Direito Mercantil, Vol. 104, p. 114.

emprega a palavra empresa sob o aspecto funcional ou dinâmico, ou “a empresa aparece como aquela força em movimento que é a atividade empresarial dirigida a um determinado escopo produtivo”. Conforme salientado por BULGARELLI<sup>34</sup>, a palavra atividade aqui possui uma conotação própria, ou seja, é um fato apto a produzir efeitos jurídicos, onde:

“a atividade não pode nem deve ser enquadrada entre os atos jurídicos, pois repele a aplicação do sistema concebido para estes. Em termos comparativos a questão se aproxima aqui daquela existente em relação ao estabelecimento, no qual se verifica uma dissociação entre o complexo de bens organizados, visto unilateralmente e os próprios bens em si mesmos. O ordenamento leva em consideração o conjunto, a unidade (*universitas*) para certos efeitos, mas, permanece a lei própria dos bens vistos isoladamente”.<sup>35</sup>

No perfil objetivo ou patrimonial, a empresa é vista como patrimônio aziendale (estabelecimento comercial). Se de um lado temos o exercício da atividade empresarial (perfil funcional), de outro temos a figura do empresário (perfil subjetivo) exigindo um instrumento eficaz para a obtenção de seu fim. Este instrumento nada mais é do que o estabelecimento, também denominado azienda, ou ainda, fundo aziendale, sendo o complexo de bens móveis e imóveis, corpóreos e incorpóreos, utilizado pelo empresário para o exercício de sua atividade empresarial. O estabelecimento é, por definição, objeto de direito.

---

<sup>34</sup> Op. cit., p. 131.

<sup>35</sup> Op. cit., p. 130.



No perfil corporativo ou institucional, vê-se a empresa como sendo o resultado da organização do pessoal, o empresário e seus colaboradores.

Na visão de ASQUINI<sup>36</sup>:

“O empresário e seus colaboradores dirigentes, funcionários, operários, não são de fato, simplesmente uma pluralidade de pessoas ligadas entre si por uma soma de relações individuais de trabalho, com fim individual; mas formam um núcleo social organizado, em função de um fim econômico comum, no qual se fundem os fins individuais do empresário e dos singulares colaboradores: a obtenção do melhor resultado econômico, na produção. A organização se realiza através da hierarquia das relações entre o empresário dotado de um poder de mando – e os colaboradores, sujeitos à obrigação de fidelidade no interesse comum”.

---

<sup>36</sup> Op. cit., p. 122.

## Capítulo II

### **2. A EMPRESA**

#### **2.1. Conceito de empresa**

Discute-se se é possível atribuir à empresa um conceito jurídico distinto do conceito econômico.

Isto porque, como visto anteriormente, devido aos perfis que a mesma assume, torna-se difícil estabelecer um conceito unitário de empresa, em sentido jurídico estrito.

Ora, a partir desses elementos, WALDIRIO BULGARELLI define empresa como “atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens”.<sup>37</sup>

Outra não é a redação do art. 966 do Código Civil, senão: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

---

<sup>37</sup> Op. cit., p. 100.

Este conceito jurídico unitário, entretanto, segundo RODRIGUEZ<sup>38</sup>, pode ser entendido, desde que tomados alguns pressupostos, dentre os quais:- a) organização; b) capacitação; c) função social.

A organização é o pressuposto principal da empresa. Não existe empresa sem organização e, esta nunca foi tão exigida como nos dias de hoje, especialmente em face do fenômeno concorrencial pelo qual atravessamos.

Assim, a figura do antigo comerciante, vendedor de secos e molhados, dá lugar ao empresário organizado, cuja empresa descansa na eficiência desse novo tipo de organização gerenciada, ou, *management*.

A capacitação é hoje imprescindível dentro dessa nova concepção de mercado e de empresa que possuímos. Por trás do capital, existe um elemento, novo, importante, valorado, chamado de conhecimento técnico.

Nunca se buscou tantos profissionais capacitados como hoje. Empresas investem em seus talentos, incentivando a melhoria técnica. É a economia do conhecimento, apregoada por Peter Drucker<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> RODRIGUEZ, Carlos Juan Zavala. *Derecho De La Empresa*, Ediciones Depalma, Buenos Ayres, 1.971, p. 91.

<sup>39</sup> DRUCKER, Peter. *Sociedade Pós-Capitalista*, 2ª. Ed., Ed. Pioneira, p. 141.

A capacitação existe e é hoje sobremodo valorizada, na busca pela excelência na prestação e execução de serviços.

O princípio da função social só pode ser entendido na medida em que a empresa deva alcançar objetivos legítimos e que não se vinculem somente aos interesses dos empresários, do Estado, dos consumidores, dos empregados, mas de toda a sociedade.

E, segundo RODRIGUEZ<sup>40</sup>, “essa finalidade faz com que o Estado, sem intervir na empresa, deva estar atento para regular e controlar o cumprimento de seus objetivos sociais. De maneira que, hoje em dia não se pode desconhecer que a empresa deve funcionar com interesses sociais e ter uma função social”.

A empresa considerada em si mesma se converte em fim e motivo de reconhecimento de um interesse social com existência autônoma e hierarquia superior, acima dos interesses dos sócios.

De maneira que, hoje em dia não se pode negar que o desenvolvimento da empresa, portanto, inobstante sua finalidade de obtenção de lucro, deve se adequar ao interesse social.

Enfim, do ponto de vista econômico, se define empresa como uma organização de capital e de trabalho destinada à produção e mediação de bens e

---

<sup>40</sup> Op. cit., p. 130.

serviços para o mercado, concepção essa que abrange todos os elementos que a integram, materiais e pessoais, em busca da realização de uma atividade econômica consistente na criação e mediação para o mercado de bens e de serviços, setores esses fundamentais para a economia moderna.

Para BROSETA PONT<sup>41</sup>, se do ponto de vista econômico, a empresa é uma organização de capital e de trabalho destinada a produção e mediação de bens e de serviços para o mercado, o conceito jurídico da empresa deve coincidir necessariamente com o econômico.

Assim, a ciência econômica conceitua empresa como “organização de atividade econômica ou organização de fatores de produção”.

Já para a ciência jurídica, como adverte BULGARELLI<sup>42</sup>, trata-se da transposição da noção econômica de empresa para o plano jurídico:

“Tratando-se de um fenômeno complexo, sem dúvida, que sua tradução para o direito não poderia ser feita apoiada numa única categoria, mas deveria ser referida a três delas, demonstrando-se através dos três conceitos, sua essencialidade. Razão pela qual, a fim de clarificar terminologicamente o fenômeno, na sua complexa projeção, adotamos o termo empresarialidade. E desta empresarialidade, apreendeu-se:

---

<sup>41</sup> BROSETA PONT, Manuel. *La Empresa, La Unificacion Del Derecho De Obligaciones Y El Derecho Mercantil*, Editorial Tecnos S/A, Madrid, 1.965, p. 176.

<sup>42</sup> BULGARELLI, Waldirio. *Tratado de direito empresarial*, Atlas, 2000, p. 40.

1-o agente, o que tem iniciativa, a anima, corre os riscos e faz jus ao resultado;

2-o conjunto ou complexo de bens que o empresário utiliza para atingir os fins propostos;

3-a atividade econômica organizada desenvolvida”.

Veremos a seguir que, o empresário é o sujeito, o estabelecimento, o objeto e, a atividade o próprio exercício da empresa. É no conceito jurídico de empresário que se alcançam os fatores próprios da empresa, enquanto exercício, ou seja, a atividade econômica organizada exercida, profissionalmente, cuja estrutura está ligada à sua função, como atividade produtora de bens e de serviços para o mercado.

## **2.2. Noção de Empresa e de Estabelecimento Comercial**

Conforme apontado por SYLVIO MARCONDES<sup>43</sup>, o conceito de empresário foi aperfeiçoado quando da elaboração do Código Francês, o que influenciou, posteriormente, a doutrina do Direito Comercial e as legislações, devendo ser tomado como ponto de referência inicial para a conceituação jurídica de empresa.

---

<sup>43</sup> MARCONDES, Sylvio. *Problemas de Direito Mercantil*, 2ª. Tiragem, 1.970, p. 5.

Inicialmente, o Código Comercial Francês de 1.807 enumerava os atos que constituíam objeto de competência dos tribunais de comércio. Essa enumeração era limitativa, o que obrigou a doutrina a definir-lhe a natureza, alargando sua abrangência.

O Código Italiano de 1.882 já divergia frontalmente da lei francesa, quanto a enumeração dos chamados “atos de comércio”, adotando posição mais ampla, menos restritiva.

Já no Brasil, o Código Comercial de 1.850 não definiu nem enumerou os atos de comércio. Foi através do Regulamento n. 737, em seu art. 19, sob inspiração do art. 632 do Código Francês que foram elencados os atos de comércio.

Persistiu então a dúvida se tal enumeração era taxativa ou exemplificativa, razão pela qual a doutrina buscava outro conceito para se definir empresa.

Foi através do Código Italiano de 1.942 que se retornou à estrutura subjetiva do Direito Comercial, todavia, não se definiu empresa, mas a sua noção resulta da definição de empresário.

Diz o art. 2.082 do Código Civil Italiano de 1.942:- “É empresário quem exercita profissionalmente atividade econômica organizada para o fim da produção ou da troca de bens e serviços”.

Percebe-se então que o conceito foi inovado, passando a empresa a ter um sentido instrumental, ou seja, a organização do trabalho que dá lugar a atividade profissional do empresário, ou, em sentido funcional, a atividade profissional organizada pelo empresário.

Hoje, como salienta VERA HELENA DE MELLO FRANCO<sup>44</sup>, entende-se por empresário:

“quem participa da organização social da produção e distribuição de riquezas. É quem organiza, exercendo função de intermediação e/ou de transformação dentre ou dos fatores de produção, criando riquezas para o mercado (centro de encontro entre a oferta e a demanda dos diversos sujeitos econômicos) e é quem assume o risco econômico e a iniciativa do empreendimento”.

Assim, se fixa o conceito de empresário comercial, sendo imprescindível que o sujeito exerça a atividade econômica de modo profissional, de maneira que, a profissionalidade é condição para a qualidade de empresário<sup>45</sup>.

Portanto, o antigo comerciante é hoje o empresário comercial, extintos os atos de comércio, assume ele a atividade como elemento de qualificação dos agentes da produção, sendo o instrumento utilizado (complexo de bens organizados), o estabelecimento.

---

<sup>44</sup> FRANCO, Vera Helena de Mello. *Manual de Direito Comercial*, 1ª. Ed., 2.001, p. 50.

<sup>45</sup> BULGARELLI, Waldirio. *Tratado de Direito Empresarial*, 3ª. Ed., 1997, p. 58.



### 2.3. Estabelecimento

OSCAR BARRETO FILHO<sup>46</sup>, em sua obra *Teoria do Estabelecimento Comercial*, já advertia sobre a dificuldade de se conceituar o estabelecimento, por se tratar de um instituto novo dentro da antiga estrutura da atividade econômica, que retroage ao Código Civil Italiano de 1942.

O art. 2.555 da lei civil italiana<sup>47</sup> dispõe que a azienda é o complexo de bens organizados pelo empreendedor para o exercício da empresa.

Nosso Código Civil define estabelecimento em seu art. 1.142, parafrazeando a lei italiana, “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para o exercício da empresa, ou por sociedade empresária”.

Assim, observa WALDIRIO BULGARELLI<sup>48</sup>, nosso código, a exemplo do italiano, adotou a teoria unitária, ou seja, considerou o estabelecimento como uma universalidade de fato.

---

<sup>46</sup> BARRETO Filho, Oscar, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª. Ed., 1988, p. 59.

<sup>47</sup> Op.Cit. ITÁLIA, Código Civil Italiano.

Sendo assim, pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos translativos ou constitutivos.

Pode-se dizer que o estabelecimento é composto por: a) mercadorias; b) o material (mobiliário e equipamentos) e, c) elementos incorpóreos.

Esses elementos incorpóreos são, basicamente, o nome comercial e a marca, o direito ao local, a clientela (que é uma situação de fato, como se verá a seguir), os direitos de propriedade industrial, literária ou artística.

Na conceituação de MESSINEO<sup>49</sup>, o estabelecimento é composto por:-

- a) coisas corpóreas: dinheiro, mercadorias, bens móveis e imóveis, instalações;
- b) coisas imateriais: firma, insígnia, emblema, marca da empresa, segredos de fábrica, patentes de invenção;
- c) Relações jurídicas – de trabalho – com o pessoal e com a clientela;
- d) Créditos e fontes de aprovisionamento;
- e) Elementos passivos: dívidas.

---

<sup>48</sup> BULGARELLI, Waldirio. *Tratado de Direito Empresarial*, 3ª. Ed., 1.997, p. 240.

<sup>49</sup> MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, 9ª. Ed., Milão, 1.957, p. 414.

A doutrina inclui, dentre os elementos imateriais, os sinais distintivos (nome comercial, título e insígnia do estabelecimento, marcas de indústria, de comércio e de serviço, a expressão ou sinal de propaganda), as recompensas industriais, os privilégios industriais (patentes de invenção, os modelos e desenhos industriais), as obras literárias, artísticas ou científicas, o ponto ou local do negócio, os serviços do pessoal, a clientela ou freguesia.

Para SYLVIO MARCONDES<sup>50</sup>, estabelecimento é o complexo de bens nascido da aglutinação de bens de vários tipos e de natureza diversa e, é considerado juridicamente como universalidade de fato, ou seja, o conjunto de coisas autônomas, simples ou compostas, materiais ou imateriais, formado pela vontade do sujeito, para uma destinação unitária, distinguindo-se, pois, da universalidade de direito, que é o complexo de relações jurídicas ativas e passivas, formado por força da lei para unificação das mesmas relações, distinguindo-se ambas pelo traço distintivo essencial de que a universalidade de direito (*universitas júris*) é um conjunto de direitos (relações ativas e passivas), enquanto a universalidade de fato (*universitas fact*) é um conjunto de objetos de direito.

Importante salientar neste ponto que, muito embora seja a clientela considerada como elemento essencial do fundo de comércio, entende a doutrina

---

<sup>50</sup> MARCONDES, Sylvio. *Problemas de Direito Mercantil*, Max Limonad, São Paulo, 1970. p. 67.

que é ela mera situação de fato e não constitui elemento imaterial do estabelecimento.

De qualquer maneira, é no estabelecimento onde se dá a disciplina da concorrência, em virtude dos fatores de aviamento e repartição de clientela<sup>51</sup>.

## **2.4. Aviamento e clientela**

O conceito de aviamento deriva de uma série de variados fatores de ordem pessoal, material e imaterial, que conferem ao estabelecimento a aptidão de produzir lucros. Alguns autores chamam o aviamento de “potencial de lucratividade”<sup>52</sup>.

Nem o aviamento, nem a clientela integram o estabelecimento, mas nem por isso subsistem sem ele, sendo a clientela mera situação de fato e o aviamento um atributo do estabelecimento empresarial.

Cada estabelecimento possui um aviamento, grande ou pequeno, sendo o resultado de um conjunto de vários fatores de ordem material ou imaterial, os quais conferem ao estabelecimento a capacidade ou aptidão de produzir lucros.

---

<sup>51</sup> BARRETO Filho, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª. Ed., Saraiva, 1988, p. 183

<sup>52</sup> PIMENTA, Eduardo Goulart. *O Estabelecimento*, in *Direito de Empresa no Novo Código Civil*, Forense, 2004, p. 107.

Para alguns autores, essa capacidade de gerar lucros é tida como atributo de empresa<sup>53</sup>, já para outros é elemento incorpóreo<sup>54</sup>.

Adotando-se o conceito de OSCAR BARRETO FILHO<sup>55</sup>, o aviamento é um atributo do estabelecimento empresarial, enquanto instrumento para o exercício da empresa.

Como bem posicionado por OSCAR BARRETO<sup>56</sup>:

“O aviamento existe no estabelecimento, como a beleza, a saúde ou a honradez existem na pessoa humana, a velocidade no automóvel, a fertilidade no solo, constituindo qualidades incindíveis dos entes a que se referem. O aviamento não existe como elemento separado do estabelecimento, e, portanto, não pode constituir em si e por si objeto autônomo de direitos, suscetível de ser alienado, ou dado em garantia”.

Na realidade, existem dois tipos de aviamento. O aviamento objetivo ou real, como qualidade do estabelecimento empresarial e outro subjetivo, ligado à pessoa do empresário.

---

<sup>53</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, Saraiva, 1998, p. 96.

<sup>54</sup> FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*, Vol. VI, Saraiva, 1960, p. 209.

<sup>55</sup> BARRETO Filho, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª. Ed., Saraiva, 1988, p. 170.

<sup>56</sup> Op. Cit., p. 171

O primeiro é transmissível, até mesmo por meio de contrato (franquia, cessão de uso de marca, etc.), mas não o segundo, já que ligado diretamente à pessoa do empresário.

Conforme observado por ALOYSIO ALVARES CRUZ<sup>57</sup>, a idéia inicial era a de que “o aviamento está indissolavelmente ligado à pessoa do empresário, pois depende da sua arte, e seu trabalho, da sua experiência, portanto, de qualidades do sujeito”.

Isto a princípio ocorria sim, mas não mais agora, quando experimentamos novos conceitos de mercado, novas formas de distribuição de bens e de serviços, que ofuscaram a figura do antigo comerciante, em uma visão moderna e otimizada da atividade.

O conjunto de fatores reais ou pessoais (ponto, instalações, mercadorias, habilidade pessoal do empresário, notoriedade da marca, de seus produtos, etc.) resultam num maior ou menor aviamento. O aviamento decorre da organização dos fatores de produção e é inerente ao próprio estabelecimento.

---

<sup>57</sup> CRUZ, Aloysio Álvares. *Compendio de Direito Comercial*, RT, 1.994, p. 41.

Já a clientela pode ser considerada como o conjunto de pessoas que, de fato, mantém com o estabelecimento relações continuadas de procura por bens ou por serviços<sup>58</sup>.

A clientela é, portanto, o resultado do aviamento e, com este não se confunde. Ambos dependem do estabelecimento.

Clientela e freguesia são conceitos distintos.

A palavra freguesia é oriunda do direito canônico e corresponde à paróquia, território sobre o qual se estende uma jurisdição de párocos ou fregueses.

O termo freguesia, portanto, dá a idéia de ligação a um lugar pela proximidade ou facilidade de sua localização, ou seja, por fatores objetivos. Já o termo clientela para o conjunto de pessoas ligadas a um local por seus aspectos subjetivos, como as qualidades subjetivas do titular do estabelecimento.

De qualquer forma, como preconizado por ASCARELLI<sup>59</sup>, a concorrência é um fato e, por sua vez, o aviamento do estabelecimento é resultado derivado de

---

<sup>58</sup> BARRETO Filho, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª. Ed., Saraiva, 1988, p. 178.

<sup>59</sup> ASCARELLI, Tullio. *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Bosch, Barcelona, p. 33.

diversos fatores (local, habilidade profissional, modernidade, organização, etc.), como também o fluxo de clientes.

## 2.5. Direito à clientela

Parte da doutrina italiana preconizou entendimento no sentido de que, constituindo a clientela um bem imaterial tutelado por lei, existiria então um direito à clientela<sup>60</sup>.

ASCARELLI<sup>61</sup> já apregoava que a clientela não constitui um bem, objeto de direito, sem que isso signifique que não possua um valor, mas é, na realidade, uma situação de fato, fruto dos fatores de aviamento e, salientava não se tratar de um bem imaterial ou de um objeto de direito real, mesmo porque, estaríamos inolvitando a liberdade de concorrência.

No Brasil, essa proteção existe de forma indireta. É, por exemplo o que determina o art. 1.147 do Código Civil, ao estabelecer limites à concorrência, ou o art. 52, § 3º. da Lei 8.245/91, quando dá direito à indenização na hipótese de não renovação do contrato de locação comercial, a Lei 9.279/96 que estabelece repressão à concorrência desleal, etc.

---

<sup>60</sup> ROTONDI, Mario. *Trattato di diritto dell'industria*, Teoria generali dell'azienda, Vol. I, 1935, p. 47

<sup>61</sup> ASCARELLI, Tullio. *Iniciación al estudio del derecho mercantil*, Bosch Casa Editorial, 1962, p. 293.



No aspecto penal, os crimes de concorrência desleal estão definidos no art. 195 da Lei 9.279/96.

O Código de Propriedade Industrial prescreve crimes contra as patente (art. 183/186), os desenhos industriais (arts. 187/188), contra as marcas (arts. 189/190), por meio de marca, título de estabelecimento e sinal de propaganda (art. 191), contra indicações geográficas e demais indicações (art. 192/194), dando azo a indenizações de natureza civil, perdas e danos e lucros cessantes, pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido.

## **2.6. Cessão de clientela**

Todo aquele que possui ou adquire um estabelecimento tem interesse em preservar a clientela.

Todavia, não pode a clientela ser objeto de cessão, não podendo mesmo ser vendida ou transferida.

Neste ponto bem adverte ASCARELLI<sup>62</sup> que, o aviamento e a clientela não são coisas, de maneira que, não podem ser transmitidas ou cedidas.

---

<sup>62</sup> Op. cit., p. 305.

Mas essa questão nem sempre foi tranqüila. O Supremo Tribunal Federal, nos idos de 1.913 teve a oportunidade de apreciar uma questão envolvendo os interesses do Conde Álvares Penteado, proprietário da Companhia Nacional de Tecidos da Juta e da Companhia Paulista de Aniagem, quando foram debatidas duas posições completamente antagônicas: a primeira, no sentido de que a cessão de clientela é inerente ao contrato de cessão ou transferência de estabelecimento comercial; a segunda cujo entendimento era no sentido de que a clientela não integra o fundo de comércio. Tal decisão está inserta na Revista dos Tribunais n. 12 – apêndice.

Funcionaram como advogados das partes J. X. Carvalho de Mendonça, pelos autores e, Ruy Barbosa, na defesa da viúva e herdeiros do Conde Álvares Penteado.

Há época, vigia um entendimento de que a clientela como direito transferível, posição essa hoje superada.

Mas, na hipótese retratada, Antonio Álvares Leite Penteado – o Conde Álvares Penteado, possuía 99,52% de um imóvel onde estava instalado um estabelecimento industrial denominado Fábrica de Tecidos Santana. Os outros condôminos eram sua mulher e parentes, com a participação global de 0,48%. Através de perícia, apurou-se que o valor total da fábrica era de dez mil e quinhentos contos de réis, sendo que sete mil e quinhentos contos de réis representavam os bens e três mil réis representavam “a reputação que tem

sabido granjear para os produtos, logrando constituir e manter uma freguesia certa e escolhida em vários Estados do Brasil (tudo que representa o fruto de um inteligente esforço de quase 20 anos)<sup>63</sup>.

Após a realização da perícia, o Conde e seus parentes constituíram a Sociedade Anônima Companhia Nacional de Tecidos da Juta, com capital inicial de dez mil e quinhentos contos de réis. A seguir, cederam as ações a terceiros que passaram a ser os únicos acionistas, fato que o então Ministro Pedro Lessa resume em seu voto vencido: “a constituição da sociedade anônima foi realizada para o fim de se transferir a fábrica para os autores, pela venda das ações”.

Logo em seguida, o Conde Álvares Penteado constituiu uma nova sociedade, a Companhia Paulista de Anigagem, explorando o mesmo ramo da primeira cedida. Por este motivo, a Companhia Nacional de Tecidos da Juta, por seus novos sócios, ingressou com pedido visando o pagamento da quantia de três mil contos de réis “do bem incorpórea que conferiu ou com que entrou como quota social e depois subtraiu e os juros de mora e, ainda, compor perdas e danos”.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que:

“o excesso de três mil contos, correspondente a valor da posição conquistada no mercado pela fábrica Santana, valor que embora incorpóreo, não é menos apreciável que o de qualquer dos terrenos, edifícios sujeitos à avaliação, porquanto ao tempo da

---

<sup>63</sup> Acórdão publicado na Revista dos Tribunais n. 12/181.

constituição da sociedade anônima, Fábrica Santana, estava perfeitamente aparelhada para corresponder, e na realidade correspondia, às exigências do mercado consumidor, que ela havia conquistado pelo critério, propriedade e firmeza de plano das instalações e pela reputação de seus produtos. Considerando que foi a estes dois fatores, ou seja, na síntese dos peritos, a este fruto de um inteligente esforço de quase 20 anos que foi dado o valor de três mil contos de réis, ou em outros termos a todo o organismo industrial Santana, longa e inteligentemente trabalhado para a sua função econômica que os peritos deram o valor de dez mil e quinhentos contos de réis”<sup>64</sup>.

Ora, dessa decisão se percebe que, no início do século passado, já se entendia a separação entre bens corpóreos do estabelecimento e outros conjuntos de bens, chamados de incorpóreos, “formados pelo fruto de um inteligente esforço de quase vinte anos”, denominado de aviamento.

Quando da escritura de trespasse do estabelecimento, ao se descrever os valores envolvidos, os vendedores procuraram identificar a freguesia como elemento do estabelecimento: Imóveis por natureza e destino; estoque de mercadorias, matérias-primas, os acessórios e sobressalentes e o ativo a cobrar; a superioridade das instalações da fábrica e a reputação dos produtos e a freguesia certa e escolhida, isto é, em resumo, o aviamento da fábrica.

Como integrante do aviamento, a freguesia teria sido então cedida como estabelecimento, o que levou o Ministro G. Natal, voto vencido no Acórdão a

---

<sup>64</sup> Acórdão publicado na Revista dos Tribunais n. 12/181.

considerar: “Ora, esses fatos posteriores ao laudo dos peritos a que alude o acórdão exprime de modo inequívoco que a intenção de Penteado era fazer do aviamento da fábrica Santana parte integrante de sua prestação de capital para a Companhia Nacional de Tecidos da Juta, pois, se não fosse, ele teria em tempo protestado e, nesse caso, ou a sua entrada haveria sido reduzida ao valor das duas primeiras parcelas correspondentes aos imóveis e ao estoque de mercadorias, matérias-primas etc., isto é, sete mil contos de réis porque, nos termos da segunda parte do art. 17, citado acima, as entradas, ou prestações de capital em bens, coisas e direitos só serão admitidas pelo valor em que foram estimados ou louvados, ou teria ele entrado em dinheiro coma diferença entre o valor dado aos imóveis e ao estoque de mercadorias etc e o total de sua prestação, isto é, com três mil contos de réis.”...”Do que vem dito e que se acha provado nos autos pe forçoso concluir, portanto, que estava na intenção de Penteado transferir a Companhia com os bens corpóreos e dívida ativa da fábrica Santana, o aviamento, o bem corpóreo, avaliado pelos louvados em três mil contos de réis”.

O Ministro Pedro Lessa em seu voto, afirmou que entre os bens considerados para a integralização do capital social da Companhia de Tecidos da Juta os peritos consideraram “três ingredientes, em doses diversas, mas indistintas”.: a) os serviços do Conde; b) a reputação dos produtos e, c) a clientela.

Partindo da afirmação dos peritos que consideraram o conjunto desses três elementos, o Ministro Pedro Lessa concluiu que a clientela foi igualmente cedida,

senão, o Conde Álvares Penteado, haveria procedido com “inqualificável má-fé: acenou aos autores com a clientela segura e escolhida nos diversos Estado do Brasil, que tinha a fábrica vendida; deu englobadamente o preço de três mil contos de réis a seus serviços especiais e raras habilidades de industrial, à reputação dos seus produtos e à segura e acolhida clientela”; e, todavia, reservou mentalmente a clientela, isto é, o único elemento dos três que aproveitava aos compradores; visto como os especiais talentos do industrial e a clientela não eram cedidos, só podiam prejudicar aos compradores, especialmente depois dessa reclame. Uma única interpretação pode ser dada de boa-fé aos contratos em virtude dos quais Álvares Penteado vendeu a sua primeira fábrica de sacos aos autores: a manifesta intenção das partes era que ficasse o vendedor inibido de se restabelecer com a mesma indústria”.

O Ministro Pedro Lessa terminou concluindo que, por ter sido a freguesia constituída a partir de fatores pessoais, atributos inerentes ao Conde Álvares Penteado, somente ele ficaria adstrito à necessidade jurídica de acatar a cessão da clientela, sendo livre a seus filhos e genros fundar uma nova fábrica.

Porém, como se verifica do V. Aresto mencionado, outra tese saiu vitoriosa, ou seja, a renúncia ao exercício de determinado ramo de comércio ou indústria não se presume e deve ser restrita ao tempo, espaço e objeto. Ainda, o V. Acórdão afirma que a freguesia de estabelecimento industrial recaía sobre a transformação operada na matéria-prima, pela natureza especial do produto e não pelo local do estabelecimento ou pelas relações pessoais com o comerciante.

Implicitamente, tem-se que o alienante não pode abrir concorrência com o adquirente, no sentido de captar ou desviar a clientela. Esse entendimento foi hoje positivado em nosso direito pelo art. 1.147 do Código Civil<sup>65</sup>, mas, em qualquer contrato, presume-se a boa-fé dos contratantes.

## 2.7. Proteção à clientela

O trespasse (ou transpasse) é o nome correto para se denominar a operação de alienação do estabelecimento. Nesse tipo contratual são necessárias algumas cláusulas que obriguem o alienante a fazer ou deixar de fazer certos atos que visem garantir ao comprador, a manutenção da clientela.

Nesse sentido, OSCAR BARRETO FILHO<sup>66</sup> salienta que três seriam as obrigações restritivas, visando a não-concorrência:

- a) obrigações de dar, no que se refere à transmissão de bens que constituam os fatores da clientela;
- b) obrigações de fazer, consistente na apresentação do novo titular aos clientes; na autorização para o adquirente intitular-se como sucessor e na comunicação de dados relativos à atividade

---

<sup>65</sup> “Art. .1.147: Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subseqüentes à transferência”.

<sup>66</sup> BARRETO Filho, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª. Ed., Saraiva, 1988, p. 242.

(endereços, fichas de clientes, lista de fornecedores, correspondências, etc.);

- c) obrigações de não fazer, evitando que o alienante possa concorrer com o adquirente, em novo estabelecimento, atraindo a antiga clientela. Limita-se o restabelecimento a certas condições precisas de tempo, espaço ou objeto, sob pena de afrontar garantia constitucional (art. 5º., XIII).

Antes da edição do Novo Código Civil, a legislação pátria silenciava a respeito da matéria, gerando uma série de discussões no âmbito judicial sobre ponto comercial e restabelecimento.

Um deles, era no que diz respeito à chamada cláusula de não restabelecimento, consistente na proibição do alienante em continuar exercendo a mesma atividade após a alienação.

Disciplina o art. 1.147 do Código Civil que, “não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subseqüentes à transferência”.

Com isso, se as partes, no momento do trespasse nada dispuserem a respeito, vale a disciplina legal, observando-se, porém, que o prazo de cinco anos deve ser contado desde a data da assinatura do contrato e, não da data de arquivamento do mesmo junto ao órgão de registro mercantil, mesmo porque, o



art. 1.144 exige o cumprimento de formalidades para que seja válido perante terceiros e, não entre as partes originárias.

Podem também as partes, quando do contrato de trespasse, alterar o prazo de vigência da proibição em questão, ampliando ou reduzindo, ressalvadas as hipóteses de vício de consentimento e abuso de direito.

Já o parágrafo único do mencionado art. 1.147 assevera ainda que, em caso de arrendamento ou de usufruto do estabelecimento, a proibição persistirá durante o prazo do contrato.

De qualquer forma, como adverte RIPERT<sup>67</sup>, torna-se impossível proibir toda a atividade comercial, “e, portanto, é necessário determinar o alcance da proibição no tempo e no espaço. Tudo depende do gênero de comércio e do caráter da clientela”.

Por esta razão que, não se deve levar ao extremo de se proibir ao alienante o exercício da atividade empresarial outrora exercida sem nenhum limite espacial.

---

<sup>67</sup> RIPERT, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, Tipografia Argentina, Buenos Ayres, 1.954, p. 383.

Neste ponto, a questão torna-se de difícil resolução, especialmente devido a grande quantidade de tipos societários, cada um com sua respectiva peculiaridade.

Pelo que, cabe às partes, em cada caso concreto, a função de limitar, no espaço, o direito à não concorrência, levando-se em consideração o mercado atingido pelo estabelecimento.

## Capítulo III

### **3. ASPECTOS JURÍDICOS DA ATIVIDADE ECONOMICA**

#### **3.1. O contrato como meio de exercício da atividade empresarial**

Com a noção de estabelecimento, torna-se necessária a análise do exercício da atividade empresarial, esta desenvolvida através do contrato e que, segundo ENZO ROPPO<sup>68</sup>, é o “mecanismo funcional e instrumental da empresa”.

Tanto isso é verdade que, ORLANDO GOMES<sup>69</sup>, falando acerca do desenvolvimento econômico e de como isso alterou as formas de contratação, atribui ao contrato como sendo “uma “construção” para jurisformizar ou jurisdicizar operações econômicas”.

Por fim, chega-se à noção de sociedade como sendo um contrato que, levado a registro se torna uma pessoa jurídica (art. 985 - Código Civil), caso contrário, é considerada uma sociedade em comum (art. 986 - Código Civil).

---

<sup>68</sup> ROPPO, Enzo. *O Contrato*, p. 67.

<sup>69</sup> GOMES, Orlando. *Novos Temas de Direito Civil*, Forense, 1983, p. 91.

A idéia de publicização do direito privado advém juntamente com o processo de redemocratização dos países que eventualmente tenham passado por regimes totalitários.

O instrumento de publicização do ordenamento jurídico é certamente a Constituição e, a esse respeito FLÓREZ-VALDÉS<sup>70</sup> teve a oportunidade de lecionar que:

“È também uma norma qualitativamente distinta e superior às demais do ordenamento, enquanto incorpora um sistema de valores essenciais de convivência, que deve servir de como “pedra de contraste” e de critério informativo e interpretativo de todo o ordenamento jurídico. (...) Por essa razão jurídica suprema, que se atribui estar situada em uma cúspide normativa, manifesta uma incidência em todo o ordenamento jurídico: também no Direito privado, também no Direito civil”.

Esse fenômeno da publicização ou da constitucionalização ocorre nas mais diversas áreas do direito.

Como ocorreu com o direito comercial, após o advento da Revolução Industrial, consolidados que foram o liberalismo e o capitalismo, propagou-se a idéia do lucro, cuja conseqüência foi um grande incremento das instituições mercantis, ampliando seu raio de aplicação.

---

<sup>70</sup> FLÓREZ-VALDÉS, Joaquin y Arce. *Los principios generales del derecho y su formulacion constitucional*, Madrid, 1990, p. 27.

ORLANDO GOMES<sup>71</sup> já apregoava que uma nova perspectiva jurídica estava ocorrendo no âmbito do Direito Civil, o que chamava de *generalização do Direito Comercial*, ou, ainda, *comercialização do Direito Civil*.

Ocorre então a substituição do Estado liberal pelo Estado social, a publicização do Direito, a unificação entre o direito público e o privado.

Essa interpenetração de disciplinas, na realidade, já prenunciava a ocorrência de um fenômeno ainda maior, o da constitucionalização do direito.

De fato, a separação do direito em público e privado, na esteira da doutrina tradicional deve ser abandonada, isto porque, tal divisão que preexiste aos romanos não mais traduz a realidade social e econômica atual<sup>72</sup>, mormente quando nos deparamos com as categorias dos chamados direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Esse novo modelo, chamado de direito civil-constitucional, ou de direito civil constitucionalizado, socializado, despatrimonializado, publicizado existe e, é de inafastável aplicação, muito embora alguns insistem ainda em viver sob a égide da doutrina clássica.

---

<sup>71</sup> GOMES, Orlando. *Direito Econômico*, p. 47.

<sup>72</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. I, 6ª. Ed., 1982, p. 23.

É que esse fenômeno exige a substituição do chamado *centro valorativo* do direito, pelo que se dá mais valor à pessoa do que à coisa, ou seja, o direito passa a desempenhar um papel social ativo, de solidariedade social, onde o enfoque principal é a busca da dignidade da pessoa humana, repaginando a perspectiva individualista das legislações anteriores.<sup>73</sup>

De fato, o Princípio da Solidariedade, previsto constitucionalmente, provoca uma profunda transformação na leitura dos institutos, buscando garantir a igualdade de todos perante a lei, não uma igualdade formal, mas uma igualdade real e concreta.

O enfoque valorativo do direito passa então por uma substancial readequação, onde a boa-fé e a confiança são amplamente tuteladas.<sup>74</sup>

### ***3.2. Principais inovações no Direito Mercantil***

A unificação legislativa de nosso direito privado, em matéria de obrigações, a exemplo do que ocorreu na Itália, por ocasião do Código Civil de 1942, não teve o condão de minimizar ou mesmo negar a existência do direito comercial como um ramo autônomo.

---

<sup>73</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*, Renovar, 2002, p. 18.

<sup>74</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, Renovar, 2000, p. 225.

Ao contrário, essa tendência que vem desde o clássico TEIXEIRA DE FREITAS, o qual já em 1859 teve a missão de elaborar um projeto de codificação civil, para vigorar com o Código Comercial e, em 1952, quando da republicação de seu Esboço, rememorava os avanços da tese unificadora<sup>75</sup>.

E, nesse sentido TEIXEIRA DE FREITAS, apregoava que, “a idéia geral da propriedade é ampla: ela compreende a universalidade dos objetos exteriores, corpóreos e incorpóreos, que constituem a fortuna ou patrimônio de cada um. Fazem parte da propriedade as cousas materiais que nos pertencem de um modo mais ou menos completo, como os fatos ou prestações que se nos devem e que, à semelhança das cousas materiais, têm um valor apreciável, promiscuamente representado pela moeda” (Consolidação das Leis Cíveis, Introdução). A propriedade, portanto, diferiria do domínio, que “é a soma de todos os direitos possíveis que pertencem ao proprietário sobre sua coisa, quais são os da posse, uso e gozo e de livre disposição”<sup>76</sup>.

O Código Civil Italiano de 1942 por seu turno, já contemplava a teoria da empresa em superação aos atos de comércio, que passa a dispor sobre a atividade econômica nos parâmetros dessa teoria.

---

<sup>75</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, 14<sup>a</sup>. Ed., 1984, p. 21.

<sup>76</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Função social da propriedade dos bens de produção*, RDM 63, p. 71/79.

Entretanto, no direito pátrio, a unificação somente veio a ocorrer com o Código Civil de 2002 que trouxe importantes inovações ao direito como um todo.

E, com essa inspiração foi que o Código Civil de 2002 trouxe em seu bojo novos princípios, como o da eticidade, da socialidade e da operabilidade.

A eticidade positiva o princípio da boa-fé objetiva (arts. 133 e 422), como fator de limitação da autonomia da vontade, impondo às partes deveres comuns e recíprocos de esclarecimento, informação e prestação de contas.

A socialidade nada mais é do que a humanização do direito, que se dá por meio de princípios como o da função social da propriedade, do contrato, da posse e da regulação da concorrência.

A operabilidade se traduz no atual código civil, pela existência de diversas normas abertas, dando assim maior flexibilização ao Judiciário na análise específica de cada caso em concreto.

Consoante aduzido anteriormente, o fenômeno da constitucionalização abrangeu todos os ramos do direito. No campo do direito empresarial, como não poderia deixar de ser, os contratos mercantis, as sociedades, até mesmo a regulação de mercado sofrem o impacto das alterações.



Com o novo vizez constitucional, adotam-se novos princípios na busca da readequação dos institutos e, nesse contexto, o contrato em sua teoria sofre a incidência de transformações.

É perceptível a mudança que o contrato sofreu nos últimos tempos. Seu conceito, finalidade e conteúdo vem sendo paulatinamente *socializados*. A Constituição de 1.988, o Código de Defesa do Consumidor e, mais recentemente, o Código Civil de 2.002 derão uma nova formatação à liberdade contratual.

A nova dogmática contemporânea é marcada pela criação de princípios que visem à tutela do contratante de boa-fé e do hipossuficiente, sempre dentro da característica constitucional do respeito à pessoa humana e da socialização do direito.

### **3.2.1. A questão da autonomia da vontade**

O surgimento histórico-dogmático do princípio da autonomia da vontade, segundo sustenta ORLANDO GOMES<sup>77</sup> aparece com o liberalismo econômico do final do século XIX, onde:

“a liberdade é a pedra angular do Direito, nele assume a dignidade de um dogma sob a forma do princípio da autonomia da vontade. Uma vez que o contrato é fonte de obrigações, e como toda obrigação é uma restrição de liberdade, sustentava-se que toda a obrigação só valeria se fosse voluntariamente contraída.

---

<sup>77</sup> GOMES, Orlando. *Novos Temas de Direito Civil*, Forense, 1.983, p. 90

Em síntese, ninguém poderia ou deveria obrigar-se senão por um ato de vontade, livre e espontâneo”.

Entretanto, obrigando-se, os contratantes deveriam cumprir a avença, nunca podendo falar em revisão ou mudança do pactuado.

Importante anotar que, da idéia da autonomia da vontade, surgem alguns sub-princípios, dentre os quais:

- a liberdade contratual – ou seja, é da vontade humana, livre e espontânea que nasce a força obrigatória dos contratos;
- o chamado “efeito vinculante dos contratos” – que desdobrou na máxima “*pacta sunt servanda*”, ou seja, vinculava-se o juiz ao acordado pelas partes, o que as Constituições acobertavam sob o manto do “ato jurídico perfeito”, de modo que, nunca poderia o magistrado julgar contra o contrato, vez que esse era considerado “lei entre as partes”;
- a interpretação e execução dos contratos – de onde advém as teorias da vontade e da declaração – ou seja, “nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”(art. 85, Código Civil)
- e, os limites à autonomia – que “*a priori*”, resvalavam nos vícios de consentimento, que, como se percebe, estavam sempre atrelados à chamada vontade criadora

Foi com o advento de crises sociais de maior impacto e com significativas mudanças na economia da sociedade moderna, como o surgimento dos contratos de massa, que começa a naufragar o modelo dogmático exposto, o qual exaltava a vontade individual, dando ensejo a diversas modificações na concepção clássica do contrato.

Aos poucos, vai-se mitigando o conceito, admitindo-se a existência de desequilíbrios na formação do contrato e na liberdade de contratar. Ora, não basta que algo tenha sido querido para que seja justo. Percebe-se então, que a isonomia é uma falácia, que a liberdade de contratar não existe da forma como apregoada.

Tudo isso impôs uma reformulação no conceito da autonomia da vontade e, nota-se uma forte influência da ideologia social sobre a realidade jurídica. A liberdade do indivíduo permanece, mas se insere num contexto onde os fins condicionam os meios. Surge, então, no contexto das Constituições, a preocupação com a justiça social, com a figura do Estado-Interveniente<sup>78</sup>.

A usura, no Brasil, é proibida a partir da Constituição de 1.931 e, com o advento da Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1.951, passa a ser considerada como crime (art. 4º.).

O Código Civil Italiano de 1942, em seus arts. 1467, 1468 e 1469, admite como causa de resolução dos contratos, a onerosidade excessiva.

---

<sup>78</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 10ª. ed., Malheiros, 1995, p. 665.

Em contratos de execução continuada, periódica ou diferida, se a prestação de uma das partes se torna excessivamente onerosa, devido a eventos extraordinários e imprevistos, a parte prejudicada pode demandar a resolução do contrato.

Se a onerosidade superveniente está dentro da álea normal do contrato, não é possível requerer a resolução deste. Além disso, a parte contra a qual é demandada a resolução pode evitá-la, propondo a modificação eqüitativa das condições do contrato<sup>79</sup>.

Autores como TERESA NEGREIROS<sup>80</sup>, por exemplo, salientam que:-

“A leitura do direito civil sob a ótica constitucional atribui novos fundamentos e, conseqüentemente, novos contornos à liberdade contratual. Em meio ao processo de despatrimonialização ou de funcionalização do direito civil, a noção de autonomia da vontade sofre profundas modificações no âmbito do contrato, sintetizadas na afirmação de que a autonomia negocial, diferentemente das liberdades existenciais, não constitui em si mesma um valor. Ao

---

<sup>79</sup> O art. 1467 do Código Civil Italiano de 1.942 diz: “Nei contratti a esecuzione continuada o periódica, ovvero a escuzuione differita, se la prestazione di uma delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, com gli effetti stabiliti dall’ articolo 1458” . ITÁLIA, Código Civil Italiano. [http://www.jus.unitn.it/Cardozo/Obiter\\_Dictum/codciv/Lib5.htm](http://www.jus.unitn.it/Cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Lib5.htm) Acesso em 21 set. 2006.

<sup>80</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato, Novos Paradigmas*, Renovar, 2002, p. 106.

contrário, a livre determinação do conteúdo do regulamento contratual encontra-se condicionada”.

### 3.2.2. A questão do paradigma contratual

A primeira pergunta que surge ao se tratar do tema é se, de fato, existem ou não novos paradigmas contratuais.

EROS ROBERTO GRAU<sup>81</sup> sustenta que, não há que se falar em novo paradigma, pois, segundo o mesmo, as bases doutrinárias da teoria geral do contrato persistem, sendo apenas necessário “*modernizar a teoria clássica do contrato*”.

O que ocorre, segundo o citado jurista, é que “estamos vivendo um momento qualitativamente distinto da teoria geral do contrato”.

Ora, nesse ponto questiona-se o posicionamento adotado pelo mesmo, vez que, tal modernização não importaria numa mudança de paradigma ?

---

<sup>81</sup> GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos?, Revista da Faculdade de Direito – USP, 2001, vol. 96/423.

Para TERESA NEGREIROS<sup>82</sup> houve sim “a evolução do pensamento jurídico em direção a uma nova concepção de contrato, identificada como uma concepção social do contrato”, evolução essa tão profunda que importou em verdadeira quebra do paradigma.

O avanço das relações jurídicas modernas colocou em confronto a consagrada autonomia da vontade dos indivíduos na celebração de contratos e o interesse do Estado em preservar a supremacia de normas públicas e indisponíveis, em consagração ao interesse coletivo atingido por uma convenção particular.

A complexidade do contratualismo moderno impulsionou maior ingerência e controle do Estado na vontade dos cidadãos.

A incessante mudança nas relações jurídicas mantidas entre os cidadãos sempre constituiu obstáculo à formação de uma teoria dos contratos, capaz de considerar todos os fatos econômico-sociais que influenciam, diretamente, a celebração de um pacto.

Classicamente, os doutrinadores e a jurisprudência sempre consideraram alguns princípios fundamentais que deveriam ser observados na celebração de

---

<sup>82</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*, Editora Renovar, 2002, p. 24.

um contrato, alguns deles consagrados desde o tratamento deste fenômeno social pelo Direito Romano.

Entretanto, o interesse público protegido pelo Estado vem constituindo, especialmente a partir do século XX, fator limitativo a alguns destes fundamentos.

Profundas alterações se deram sobre o fundamento contratual que mais sofreu influências nos últimos tempos: a denominada “autonomia da vontade”, também chamada de “liberdade de contratar”.

Na acepção do próprio termo, a autonomia da vontade representa a liberdade do indivíduo na estipulação livre de seus interesses, mediante acordo de vontades, para o fim de conceder tutela jurídica ao bem sobre o qual as partes acordam.

Na lição de ORLANDO GOMES, “o conceito de *liberdade de contratar* abrange os poderes de auto-regência de interesses, de livre discussão de condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade. Manifesta-se, por conseguinte, sob tríplice aspecto: a) *liberdade de contratar propriamente dita*; b) *liberdade de estipular o contrato*; c) *liberdade de determinar o conteúdo do contrato*”.

Por conseguinte, consagrou-se a força vinculante das disposições contratuais, oriundas da plena vontade das partes, representada no conhecido brocardo latino “*pacta sunt servanda*”.

É certo, porém, que este princípio contratual jamais foi absoluto, pois sofreu, desde a formação das primeiras teorias contratuais, limitações de normas públicas estranhas ao pacto, mas que representavam o interesse coletivo na celebração do contrato.

Modernamente, contudo, este interesse coletivo ganhou novos contornos, e legitimou, mediante certos limites, a intromissão do Estado na vontade do indivíduo manifestada no pacto.

Viu-se então o que se passou a chamar de *constitucionalização do direito civil*, ou seja, a influência junto ao direito privado de determinados princípios de ordem pública, migrando-se de uma ótica individualista para uma abordagem social.

Convém deixar ressaltado que, já com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a mudança de abordagem foi manifestamente notória, como se observa da dicção do art. 6º., V, o qual autoriza “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.



De fato, como observou ALINNE ARQUETTE LEITE NOVAIS<sup>83</sup>, “o contrato que tem o modelo liberal como seu paradigma, cujo princípio máximo é a autonomia da vontade, reflete, na verdade, um momento histórico que não corresponde mais à realidade atual”.

Não é de hoje que se questiona o modelo clássico do contrato, aquele modelo romanístico, onde prevalecia a força obrigatória do pacto, a autonomia da vontade e a suposta liberdade de contratar, chegando alguns autores a falar em “crise dos contratos”<sup>84</sup> e outros até mesmo na “morte do contrato”<sup>85</sup>.

Busca-se então uma nova dimensão na interpretação, não mais baseada na obrigatoriedade, mas na justiça e efetividade social, não mais na vontade dos contratantes pura e simplesmente, mas na paridade e no equilíbrio das prestações.

Com efeito, verificou-se o incremento de tais ideais após a Revolução Industrial, com a explosão da atividade econômica e o advento dos contratos de massa, os quais alteraram de modo veemente o antigo paradoxo da contratação pessoa-a-pessoa, onde a negociação das cláusulas era possível.

---

<sup>83</sup> NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Os Novos Paradigmas da Teoria Contratual, *in Problemas de Direito Civil-Constitucional*, Editora Renovar, 2000, p. 17.

<sup>84</sup> TARTUCE, Flavio. *A Função social dos contratos do código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil*, Editora Método, 2005, p 34.

<sup>85</sup> GILMORE, Grant. *La morte del contratto*, Milano, Giuffrè Editore, 1998.

Ora, com o advento do contrato-padrão, minimizou-se, de forma efetiva, a possibilidade da “contratação discutida”, passando-se o mando volitivo a pertencer unicamente à uma das partes, o que alterou significativamente a economia do contrato.

Disso surge do que se denominou de “poder instrumental” e que provocou inúmeras discussões acerca do “abuso de poder” da parte economicamente dominante na relação contratual.

Efetivamente, podemos considerar o abuso de direito como consequência imediata do desrespeito à boa-fé contratual e ao fim social e econômico do contrato.

Daí porque a necessidade da construção de um novo modelo interpretativo dos contratos.

### **3.2.3. Ética no contrato: Boa-fé e probidade**

A noção de boa-fé como representação jurídica foi obra do Direito Romano.

Como observa ROBERTO SENISE LISBOA<sup>86</sup>, desde então, já se visualizava três categorias de boa-fé: *fides-sacra*, *fides-fato* e *fides-ética*.

---

<sup>86</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*, Vol. 3, 3ª. Edição, RT, 2005, p. 98.

*Fides-sacra* – prevista na Lei das XII Tábuas – tipo de boa-fé ligada a conotações religiosas

*Fides-fato* – relacionada à noção de garantia

*Fides-ética* – baseada na qualidade da pessoa

Esse conceito veio a ganhar peso através da *fides-bona*, de criação pretoriana, desenvolvendo-se através do direito canônico e, posteriormente alinhavando-se junto ao direito germânico, até chegar à noção atual, esta “não apenas como a real intenção das partes em contratar, de tal sorte que passou a ser vislumbrada como norma de conduta a ser seguida pelos contratantes, durante a execução do negócio jurídico, até a sua conclusão”<sup>87</sup>.

Importante deixar anotado neste ponto que, o princípio da boa-fé contratual foi introduzido em nosso direito pelo Código Comercial de 1850 em seu art. 131.

Entanto, há época não houve repercussão social alguma, consoante anotado por GUSTAVO TEPEDINO<sup>88</sup>, tendo sido depois praticamente ignorada no Código Civil de 1916, o qual se preocupou mais com a segurança e o desenvolvimento das relações jurídicas do que com a justiça contratual.

---

<sup>87</sup> op. cit., p. 100.

<sup>88</sup> TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa, in *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, 2000, Renovar, p. 10

Hoje, a boa-fé é tratada como novo princípio de direito contratual, distinguindo-se a boa-fé subjetiva da boa-fé objetiva.

Ora, a boa-fé subjetiva “consistente numa análise subjetiva do estado de consciência do agente por ocasião da avaliação de um dado comportamento”<sup>89</sup>, na análise de Teresa Negreiros, ou seja, uma situação ou fato psicológico – se dá pela análise das intenções da pessoa cujo comportamento se quer analisar. – intenção de não prejudicar o outro<sup>90</sup>.

Difere, portanto, da boa-fé objetiva, esta importando em deveres, notadamente num dever de conduta contratual ativo – obrigando as partes contratantes a um certo comportamento ativo, verdadeiro dever de colaboração, lealdade, correção e veracidade.

É justamente o que diz AUGUSTO GERALDO TEIZEN JÚNIOR<sup>91</sup>, ou seja, “o conceito de boa-fé visa garantir estabilidade e a segurança dos negócios jurídicos, revela-se no comportamento dos contratantes, e traspassa a idéia de auto-regulamentação e interesses contrapostos, um instrumento de composição de interesses privados antagônicos”.

---

<sup>89</sup> NEGREIROS, Teresa. op. cit., p. 119/120.

<sup>90</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*, Vol. 3, 3ª. Edição, RT, 2005, p. 102.

<sup>91</sup> TEIZEN Jr, Augusto Geraldo. *A Função Social no Código Civil*, RT, 2004, p. 177.

Ora, o princípio da boa-fé objetiva nada mais visa do que exigir das partes que se comportem com absoluta lealdade e honestidade no trato negocial, revelando assim, a importância que o novo paradigma do atual direito deu sobre a questão da ética e da moral no direito contratual.

#### **3.2.4. O equilíbrio contratual absoluto**

Desde o advento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor que se inseriu em nosso direito, como cláusula geral, o chamado princípio do equilíbrio contratual absoluto, segundo o qual, o contrato não pode estabelecer desmesuradamente prerrogativas ao fornecedor sem fixar iguais vantagens ao consumidor.

Esse princípio é aplicável não só quando da formação e execução do contrato, mas também até o seu término, razão pela qual, a desproporção das prestações, como se observa da leitura do art. 478 do atual Código Civil, segundo o qual, “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato”.

Ora, defendem doutrina e jurisprudência a possibilidade, também, da revisão judicial, nos termos do que já preconizava o Código de Defesa do Consumidor, sendo ínsito a esse princípio tal faculdade.

Para ALVARO VILLAÇA AZEVEDO<sup>92</sup>, “reconhece-se, modernamente, a teoria da imprevisão, que admite, imanente em todos os contratos, a cláusula *rebus sic stantibus* (das coisas como estão, estando assim as coisas)” .

Na realidade, essa cláusula protege uma das partes do contrato, quando há impossibilidade de cumprimento da obrigação assumida, por brusca alteração da situação inicial, em que o contrato nasceu.

Segundo o renomado jurista, são pressupostos básicos para a invocação do instituto:-

- uma alteração radical do contrato, em razão de circunstâncias imprevistas e imprevisíveis (álea extraordinária);
- é preciso que exista enriquecimento, prejuízo, inesperado e injusto por um dos contratantes;
- onerosidade excessiva, tornando-se para um dos contratantes insuportável a execução do contrato.

Para o mesmo, entretanto, “é melhor utilizar o princípio da onerosidade excessiva, fora do âmbito mais amplo da teoria da imprevisão, porque ele mede, objetivamente, o desequilíbrio no contrato, com a insuportabilidade de seu cumprimento por um dos contratantes”.

---

<sup>92</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*, Atlas, 2.002, p. 30/36.

Na realidade, o Novo Código Civil, de forma diferente, dispôs em seu art. 479 que:-

“A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu, a modificar eqüitativamente as condições do contrato”.

Ao nosso ver, o grande equívoco do atual sistema legislativo foi o de não prever, expressamente, a possibilidade da revisão judicial dos contratos que, como dito, foi justamente o que o legislador do Código de Defesa do Consumidor fez em seu art. 6º., V, adotando como premissa para a modificação ou revisão de cláusulas o princípio da onerosidade excessiva.

Justificando a possibilidade da revisão dos contratos, ROGÉRIO FERRAZ DONNINI<sup>93</sup> defende a aplicação dos princípios “da boa-fé, da equidade e da comutatividade, isto é, do equilíbrio entre as prestações contratuais, princípios esses que buscam uma relação contratual mais justa e *ipso facto* equânime”.

Por fim, o atual Código Civil estabeleceu em seu art. 421 que o exercício da “liberdade de contratar” deve ocorrer “em razão e nos limites da função social do contrato”, estabelecendo, ainda, no art. 422 o dever das partes de observarem “os princípios da probidade e boa-fé”, não somente na conclusão do contrato, mas também em sua execução.

---

<sup>93</sup> DONNINI, Rogério Ferraz. *A Revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, Saraiva, 1999, p. 71.

Ainda, estabeleceu-se através dos arts. 478 a 480 do Diploma Civil, a possibilidade de resolução dos contratos por onerosidade excessiva, “em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”, podendo o devedor em desvantagem pedir a resolução do contrato, caso não se modifiquem eqüitativamente as condições contratuais, como também autoriza a redução do objeto da prestação, ou a alteração de seu modo de execução, se as obrigações existirem apenas a um dos contratantes, a fim de se evitar o desajustamento econômico na relação contratual.

Como bem observado por DAISY GOGLIANO<sup>94</sup>:

“No momento em que se busca a eticidade no Código Civil, no contexto da boa-fé objetiva e da função social, em normas de conduta e comportamento (deveres), no entabulamento contratual, segundo uma possível moral individual, relega-se o éthos – vale dizer, na lição de Aristóteles, aquilo que concerne aos seres vigentes em geral, o “hábito”, o costume de cada tempo e lugar particular...”

É a quebra do paradigma, a ruptura dos antigos cânones, a idealização de novos princípios que regerão, daqui para a frente, não só o direito contratual, mas o direito como um todo e, o que outrora seria uma utopia, agora passa a ser o almejado e, por assim dizer, alcançado através das cláusulas gerais, dos novos

---

<sup>94</sup> GOGLIANO, Deisy. *A função social do contrato (causa ou motivo)*, in Cadernos de Direito, Volume 4, n. 6, junho de 2004, Unimep, Piracicaba.



basamentos e regramentos, de uma nova visão social dos institutos, respaldados por uma legislação preclara e oportunamente transmudada.

A aprovação do Novo Código está intimamente ligada ao movimento do direito social, fulcrado na solidariedade e dignidade da pessoa humana e na valorização das relações sociais sob o prisma ético, inclusive com o dirigismo controlador do Estado, a fim de se proteger a parte mais fraca da relação, evitando-se, assim, o chamado dolo de aproveitamento e o malfadado exercício do poder instrumental do pólo economicamente dominante, que sempre visa utilizar o abuso de poder como meio de obtenção de vantagens indevidas.

Enfim, como diz RONALD DWORKIN<sup>95</sup>, “nenhum paradigma está a salvo de contestação por uma nova interpretação que considere melhor outros paradigmas e deixe aquele de lado, por considerá-lo um equívoco”, razão pela qual, deveremos seguir essa nova jornada do direito, sempre em busca dos ideais da eticidade, socialidade e operabilidade.

---

<sup>95</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, Martins Fontes, 2003, p. 89.

## Capítulo IV

### 4. MERCADO E REGULAÇÃO

#### 4.1. Noção de mercado

Consoante preleciona RACHEL SZTAJN<sup>96</sup>, “a ligação entre contrato e mercado é direta: sem contratos não há mercados”.

De fato, a noção de mercado, em que pese não ser fato recente, ganha maior importância com o advento da Revolução Industrial e, posteriormente, com a explosão demográfica ocorrida no Século XIX, dadas as significativas mudanças na forma de distribuição da produção e na massificação dos contratos.

A idéia inicial é associada com o local onde se desenvolve o comércio, onde se dá a oferta e onde se encontra a demanda.

Desse conceito difere NATALINO IRTI<sup>97</sup>, para quem mercado é um sistema sofisticado de relações regido pelo direito, “não é um instituto *originário e espontâneo, mas um instituto jurídico*”.

---

<sup>96</sup> SZTAJN, Rachel. *Função social do contrato e direito de empresa*. RDM vol. 139, p. 32.

<sup>97</sup> IRTI, Natalino. *Persona e mercato*, Rivista di diritto civile, anno XLI, n. 3, p. 290.

Segundo IRTI, o mercado é definido como unidade jurídica das relações de escambo, em relação a um dado bem ou a uma categoria de bens.

Esse fenômeno de alargamento de mercado acaba dando azo a um novo modelo contratual, os chamados *contratos de massa*.

HAROLDO VERÇOSA<sup>98</sup> explica que a noção de mercado está intimamente ligada ao regime da produção, circulação e consumo de massa.

De fato, já vislumbrava DÍEZ-PICAZO<sup>99</sup> que, pela dinâmica do capitalismo e com a produção em massa, ocorreria também a massificação do consumo, determinando um tráfico econômico intenso, merecedor de regulação própria e específica.

Essa massificação deu ensejo a um processo de “globalização”, sobrepujando o antigo comércio internacional, uma vez que hoje já não são apenas as mercadorias que circulam, o que se ramifica e se desdobra é a própria organização produtiva e distributiva.

---

<sup>98</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, Malheiros, 2004, p. 132.

<sup>99</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho y masificacion social – Tecnologia e Derecho Privado (Dos esbozos)*, Editorial Civitas S/A, 1979, p. 42.

E, é justamente nesse contexto que GALGANO<sup>100</sup> se expressa:

“As grandes empresas assumem dimensões mundiais; caracterizam-se como empresas multinacionais; colocam as próprias unidades de produção diretamente sobre os mercados de consumo dos produtos; ou articulam em países diversos, segundo critérios de conveniência, as diversas fases e os diversos setores da própria atividade, tirando vantagem das diversas oportunidades que aí encontram ofertadas, como o mais vantajoso mercado de trabalho, ou o mais vantajoso mercado de capitais, ou o sistema fiscal preferível; e obtendo ao mesmo tempo o resultado de separar os riscos relativos aos diversos mercados”

“As multinacionais constituem um potente fator de propagação, no mundo, de práticas e de modelos contratuais uniformes; concorrem para a formação daquela *nova lex mercatoria*, tão universal quanto foi universal a *lex mercatoria* da era pré-industrial, à qual se tende hoje a reconhecer o caráter de originário e supranacional; ordenamento jurídico, como o ordenamento jurídico da *business community*, que não conhece nacionalidade e se estende à inteira "aldeia global". Ao mesmo tempo a economia global, da qual as multinacionais são as principais protagonistas, produz um efeito gravemente perturbador sobre as estruturas jurídicas e políticas dos Estados, frustra-lhes a política econômica, exautora-lhes as leis. Os Estados soberanos, por potentes que sejam, não são mais tão soberanos quanto no passado. Eles não governam senão um minúsculo fragmento do mercado global, enquanto as multinacionais estão em grau de controlá-lo na sua inteireza”.

---

<sup>100</sup> GALGANO, Francesco. *Lex Mercatoria*. Tradução de Erasmo Valladão A. e N. França, Revista de Direito Mercantil nº 129, p. 224.

Também, do ponto de vista econômico, PETER DRUCKER<sup>101</sup> já apregoava uma “Revolução da Produtividade”, fenômeno a que ele atribui a derrocada do Marxismo e a ascensão de um novo modelo, este pautado no conhecimento, a que chama de *economia do conhecimento*.

Para DRUCKER, nesta era “pós-capitalista”, não há mais que se falar em economia ocidental, mas em mercados mundiais, passando a economia para uma nova fase organizacional, transnacional, globalizada.

Com o surgimento de grandes grupos econômicos organizados, chamados de multinacionais, tornou-se necessária a existência de algumas formas de regulação, inicialmente para a proteção da massa de consumidores e, num segundo momento, para coibir abusos que poderiam advir da *dominação dos mercados*, fruto do poder econômico desses conglomerados.

De fato, o poder econômico é capaz de mascarar preços em uma situação de monopólio, de criar escassez de produto, reduzindo a oferta para maximizar lucro.

Daí a necessidade do poder econômico ser fiscalizado e regulado, principalmente quando excessivo e abusivo.

---

<sup>101</sup> DRUCKER, Peter. *Sociedade Pós-Capitalista*, 2<sup>a</sup> ed., Pioneira, 1994, p. 14.

CALIXTO SALOMÃO<sup>102</sup> salienta que, a regulação encontra respaldo na necessidade de haver um corpo de regras mínimas de organização da ordem privada, a fim de garantir liberdade de escolha e máxima precisão possível das informações transmitidas.

## 4.2. Mercado relevante

Foi através da lei 8.884/94 que restou introduzida em nossa legislação a expressão “mercado relevante” que na definição de PAULA FORGIONI<sup>103</sup> “é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado “.

Esse conceito pode ser entendido de forma geográfica: “*é a área onde se trava a concorrência relacionada à prática que está sendo considerada como restritiva*”<sup>104</sup>.

JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA<sup>105</sup> define mercado relevante como sendo “o espaço da concorrência”, ou seja, diversos produtos ou serviços

---

<sup>102</sup> SALOMÃO Filho, Calixto. *Direito Concorrencial – as estruturas*, 2ª. Ed., Malheiros, 2002, p. 50.

<sup>103</sup> FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*, 2ª. Ed., RT, 2005, p. 231.

<sup>104</sup> Op. cit., p. 233.

<sup>105</sup> PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração empresarial e o direito da concorrência*, Saraiva, 2001, p. 116.

concorrem entre si, em determinada área, em razão de sua substitubilidade naquela área”.

Para ANA MARIA NUSDEO<sup>106</sup>, a definição de mercado relevante liga-se intrinsecamente à análise da configuração do poder de mercado, na medida em que o elemento chave na delimitação do mercado seja a reação de concorrentes e consumidores ao aumento ou redução de preços de um dos agentes – vale dizer, seu poder de influenciar preços. Este método de delimitação do mercado toma por base a análise, elaborada pela ciência econômica, da elasticidade cruzada da procura, que estuda o efeito das relações proporcionais entre a alteração no preço de um determinado produto e a venda de um segundo produto.

GESNER OLIVEIRA e JOÃO GRANDINO RODAS<sup>107</sup>, salientam que o mercado relevante é definido nas dimensões de produto e geográfico.

De qualquer maneira, como leciona FÁBIO ULHOA COELHO<sup>108</sup>:-

---

<sup>106</sup> NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: O controle da concentração de empresa*, Malheiros, 2002, p. 28.

<sup>107</sup> OLIVEIRA, Gerner e RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*, Renovar, 2004, p. 86.

<sup>108</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito Antitruste Brasileiro – Comentários à Lei 8.884/1994*, Saraiva, 1995, p. 57/58.

“A delimitação material do mercado é feita a partir da perspectiva do consumidor. O mercado relevante abrange todos os produtos ou serviços pelos quais o consumidor poderia trocar, razoavelmente, o produto ou serviço acerca de cuja produção ou distribuição se pesquisa a ocorrência de infração contra a ordem econômica. Se a mercadoria ou serviço pode ser perfeitamente substituído, de acordo com a avaliação do consumidor médio, por outros de igual qualidade, oferecidos na mesma localidade ou região, então o mercado relevante compreenderá também todos os outros produtos ou serviços potencialmente substitutos”.

Para nós, mercado relevante é uma noção jurídica que tem como base o contexto onde se manifesta o poder econômico, onde se dá a concorrência.

Assim, na análise prática, a dimensão geografia é relevante na delimitação da noção de mercado, pois é nela que se verifica a concentração de poder e se verifica a substituição da oferta e da demanda.

### **4.3. Mercado e práticas abusivas**

O art. 20, § 2º. da Lei Antitruste dispõe que: “Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa”.

Vale dizer que, o direito pátrio, contudo, não pune, por si só, a posição dominante.



Mas, em se tratando de direito concorrencial, há que se perquirir acerca da identificação do poder econômico no mercado e seus diferentes graus de atuação.

O primeiro ponto importante de reflexão é saber, ao certo, o que é poder de mercado e como coibir o abuso desse poder.

A teoria econômica define poder de mercado (ou poder de monopólio) como a diferença entre o preço praticado pela empresa para um produto e o seu custo unitário de produção.

Poder de mercado é, portanto, uma questão de grau – quanto maior, tanto maior o preço praticado no mercado. Disso decorre a estrutura do mercado. Nos mercados mais competitivos, esse poder é menor.

Isso porque a estrutura competitiva reduz os preços na direção dos custos unitários de produção, reduzindo os lucros.

De maneira que, a concorrência perfeita é, desse modo, a representação teórica de um mercado no qual o preço de um produto é igual ao seu custo unitário de produção.

Na medida em que a competição se fragiliza, se torna imperfeita e, o poder de mercado se eleva, com os preços se afastando dos custos, reduzindo o bem estar econômico e social.

Nos chamados mercados imperfeitos, observa-se uma redução da oferta, aliada à falta de incentivo para o lançamento de novos e melhores produtos<sup>109</sup>.

Sendo assim, o mercado, em regra, deve ser competitivo, tendendo a provocar baixa nos preços, com a ausência de barreiras de entrada e de saída de novas empresas, igualando-se o preço ao custo médio. O lucro econômico é zero, a quantidade ofertada, a maior possível e, a eficiência econômica, máxima<sup>110</sup>.

Assim, a preocupação do direito concorrencial é, de um lado, a eficiência econômica e os benefícios que dela decorrem para a coletividade, quando distribuída às partes integrantes do mercado e, de outro, para que isso ocorra, sua regulação.

Segundo CALIXTO SALOMÃO<sup>111</sup>, para a definição de mercado, tanto de produtos, como geográfico, deve-se levar em conta dois elementos: os substitutos da demanda e os substitutos da oferta.

---

<sup>109</sup> SANTACRUZ, Ruy. *Antitruste, eficácia, economia, curvas, triângulos e retângulos*, Revista do IBRAC, v. 9, n. 5, p. 169.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 172.

<sup>111</sup> SALOMÃO Filho, Calixto. *Direito concorrencial – as estruturas*, 2ª. Ed., Malheiros, 2002, p. 98.

Sob o prisma jurídico, se torna necessária a análise comportamental do mercado, ou seja, com a existência de uma situação monopolista, como a massa consumidora se comportará, substituindo ou não determinado produto por um concorrente próximo ou assimilando eventual alteração de preços.

Com isso se poderá avaliar a real dimensão do mercado e o próprio poder no mercado, com a movimentação dos consumidores no sentido de substituir um produto pelo outro (*substituição da demanda*).

Esse poder de mercado é ditado pelo aumento de preço e pode ser combatido pela substituição do produto, desde que a produção a ser substituída seja suficiente.

#### **4.3.1. Imposição de preços excessivos**

Considerada como prática abusiva mais comum, a imposição de preços excessivos é, sem dúvida, típica nos mercados monopolistas e deve guardar relação com o ganho de lucro abusivo por parte do fornecedor.

É o que prevê o art. 20, § 3º. da Lei n. 8.884/94:

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla

20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. (Redação dada ao parágrafo pela Lei nº 9.069, de 29.06.1995)

CALIXTO SALOMÃO<sup>112</sup> chama de *preços predatórios* atos que, de qualquer forma, visem prejudicar o consumidor.

Mas não é só. Existem atos predatórios adrede preparados através de planejamento empresarial com o fim de levar o mercado, ou o concorrente a uma situação de eliminação<sup>113</sup>.

Um tipo de comportamento predatório é o *lock in*, situação de mercado em que, muito embora possível a substituição de um produto ou serviço por outro, essa substituição também deverá ser avaliada sob o aspecto valorativo, pois muitas vezes pode provocar custos extraordinários, o que revelaria, ao menos em tese, o poder do mercado.

A título de ilustração, podemos indicar o mercado de manutenção de determinados equipamentos, onde o produtor tem vantagem excessiva no fornecimento das peças e nos serviços de manutenção.

---

<sup>112</sup> SALOMÃO Filho, Calixto. *Direito Concorrencial – as condutas*, Malheiros, 2003, p. 175.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 176.

O *lock in* é um exemplo de limitação da liberdade do consumidor em razão do abuso do poder econômico.

#### **4.3.2. Imposição de preços abaixo do custo**

Considerada como prática abusiva e infração à ordem econômica pelo inc. XVIII do art. 21 da Lei n. 8.884/94, a venda injustificada de bens abaixo do custo, também conhecida como *dumping* é coibida.

Na prática, tal estratégia é utilizada para falsear o mercado, prejudicando a livre concorrência.

Esse comportamento tido como predatório, na maioria das vezes envolve questões de caráter concorrencial, visando a eliminação dos concorrentes ou de novos entrantes no mercado<sup>114</sup>.

Para PAULA FORGIONI<sup>115</sup>, tal prática deve ser classificada em esporádica, de longa duração ou, ainda, por um período limitado de tempo.

---

<sup>114</sup> Ibidem, p. 179.

<sup>115</sup> FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, Revista dos Tribunais, 2005, p. 361.

### 4.3.3. Vendas casadas

Também considerada prática abusiva, as chamadas vendas casadas normalmente ocorrem quando uma empresa que detém o poder econômico ou possui posição dominante no mercado subordina a venda de um determinado bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço<sup>116</sup>.

Isso também pode acontecer na aquisição de um serviço subordinada à utilização de outro ou a aquisição de um determinado bem.

No direito pátrio, a proibição encontra amparo no art. 21, XXIII da Lei Antitruste.

CALIXTO SALOMÃO<sup>117</sup> atribui à essa prática o nome de integração vertical.

Também essa prática pode ser vista como uma forma de se ganhar participação no mercado, principalmente quando o fornecedor do produto principal possui posição dominante.

---

<sup>116</sup> Op. cit., p. 372.

<sup>117</sup> SALOMÃO Filho, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*, Malheiros, 2003, p. 306.

A Lei Antitruste Brasileira, em seu art. 20, considera que, o poder econômico de uma empresa, em tese, pode ser medido pela parcela de mercado relevante que controla.

Sendo assim, existe uma correlação entre aquele que possui uma parcela substancial do mercado (*market share*), com aquele que detém o poder econômico sobre tal mercado (*market power*)<sup>118</sup>.

Esse poder instrumental é regulado pela legislação pátria, sendo que, comprovado que o agente econômico detém 20% do mercado, seu comportamento poderá vir a ser sancionado (§ 2º., do art. 20).

#### **4.4. Regulação**

##### **4.4.1. Os mecanismos de controle das infrações à ordem econômica**

Em que pese a existência de entidades governamentais dotadas de poder regulatório, como o Banco Central do Brasil (BACEN), a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), foi com a transformação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em

---

<sup>118</sup> FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*, 2ª. Ed., RT, 2005, p. 332.

autarquia federal, pela Lei n. 8.884/94 que surge no Brasil, de forma efetiva, uma agência com finalidade de defesa da concorrência.

De fato, a Lei n. 8.884/94 instituiu um criterioso sistema para a prevenção e repressão das infrações contra a ordem econômica, visando, especialmente, implementar o comando constitucional de promoção da livre iniciativa e da livre concorrência.

A par disto, o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), autarquia federal de natureza técnico-jurídica, possui atribuições de natureza preventiva, repressiva e educativa e, em especial, a análise das condutas anticoncorrenciais previstas nos arts. 20 e segts. da Lei n. 8.884/94 e na Resolução n. 20 do CADE.

Essa atividade é desenvolvida através processos administrativos que tramitam junto ao CADE, órgão julgante do sistema.

Presentes indícios de infração à ordem econômica, mas que, numa primeira análise se mostrem insuficientes à embasar a instauração de procedimento administrativo, admite-se a instauração de procedimento sigiloso ou não, junto à Secretaria de Direito Econômico, que é o órgão de competência instauratória e instrutória do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, que poderá, no prazo de 60 (sessenta) dias, optar pelo arquivamento do procedimento ou pela instauração de processo administrativo (art. 14, da Lei n. 8.884/94).



Assim, a competência para promover averiguações preliminares é da Secretaria de Direito Econômico, tendo como pressuposto fundamental a existência de indícios de infração à ordem econômica, desde que insuficientes para a imediata abertura de processo administrativo (art. 30 da Lei n. 8.884/94).

O Secretário de Direito Econômico, após a instrução, poderá determinar, através de despacho fundamentado, a instauração de processo administrativo, ou, ainda, requerer o arquivamento, sendo que, nesta hipótese, deverá recorrer de ofício ao CADE (art. 31, da Lei n. 8.884/94).

O julgamento das averiguações preliminares compete ao CADE e se realizará em sessões públicas, podendo o Relator, caso haja parecer pelo desprovemento, exarado pela Procuradoria do CADE, determinar o arquivamento, decisão essa que deverá ser referenciada pelo Plenário. Nos demais casos, o julgamento se dera nos moldes regimentais (arts. 21 e 22 da Resolução n. 12 do CADE).

Nos termos do § 3., do art. 30 da Lei n. 8.884/94, as representações provenientes do Congresso Nacional são insuscetíveis de serem tomadas como averiguações preliminares e deverão, desde logo, embasar processo administrativo, ainda que os indícios sejam insuficientes para tanto.

Em qualquer fase do processo administrativo, poderão ser adotadas medidas preventivas às práticas efetivadas pelo indiciado no mercado, caso aja indícios ou fundado receio de que possa haver ao mercado dano irreparável ou de

difícil reparação, que torne ineficiente o resultado final do processo. (art. 52 da Lei n. 8.884/94).

Essa decisão será tomada pelo Secretário da Secretaria de Direito Econômico ou pelo Conselheiro-Relator do CADE (§ 1º, do art. 52 da Lei n. 8.884/94).

Também em qualquer fase do processo administrativo há a possibilidade de ser celebrado compromisso de cessação da prática sob investigação, sem que com isso esteja o investigado confessando a matéria fática ou mesmo reconhecendo eventual ilicitude de conduta (art. 53 da Lei n. 8.884/94).

É prevista também em lei, a celebração de compromissos de desempenho, onde mesmo nas hipóteses em que se configure a possibilidade de limitação, de prejuízo à livre concorrência ou dominação de mercado, em atendimento ao interesse público, desde que preenchidos certos requisitos, dentre os quais, aumento da produtividade, melhoria da qualidade, eficiência no desenvolvimento tecnológico ou econômico, haja distribuição de benefícios entre os consumidores e usuários (arts. 54/57 da Lei n. 8.884/94).

Importante salientar que, as decisões do CADE impondo penas ou obrigações de fazer ou não fazer constituem títulos executivos extrajudiciais, podendo ser promovida pela Procuradoria deste Órgão as competentes ações judiciais contra quem de direito.

Nessas ações, poderá o Juiz conceder tutela específica da obrigação, ou ainda, determinar providencias que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento (art. 62 da Lei n. 8.884/94).

A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo das multas. (§ 2º., art. 62 da Lei n. 8.884/94).

A competência para essas ações é da Justiça Federal do Distrito Federal ou da sede ou domicilio do executado, à escolha do CADE. (art. 64 da Lei n. 8.884/94).

Importante deixar salientado também que, além do CADE, cujo papel restou explicitado, existem também as agências reguladoras, cujo objetivo, segundo MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>119</sup> é:

”... conjugar as vantagens provenientes da capacidade empresarial privada com a realização de fins de interesse público. Especialmente quando a atividade apresentar relevância coletiva, o Estado determinará os fins a atingir, mesmo quando seja resguardada a autonomia privada no tocante à seleção dos meios.

---

<sup>119</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agencias Reguladoras Independentes*, Ed. Dialética, 2002, pg.30.

## Capítulo V

### 5. FUNÇÃO SOCIAL E CONCORRÊNCIA

#### 5.1. Primeiras considerações

Como apontado por EDUARDO TOMASEVICIUS FILHO<sup>120</sup>, o conceito de função social teria sido formulado pela primeira vez por São Tomás de Aquino ao dizer que “os bens apropriados individualmente teriam um destino comum, que o homem deveria respeitar”.

Mais tarde, AUGUSTO COMTE<sup>121</sup> incluiria no conceito de função social “o dever de agir”, ou seja, “cada ser humano deve trabalhar em função da ordem social e, por isso, não age livremente, mas sim em benefício ou em função da sociedade”.

Já LÉON DUGUIT<sup>122</sup> formulou um conceito de função social baseando-se na solidariedade como fenômeno de convivência.

DUGUIT<sup>123</sup> observa que os indivíduos de uma sociedade estão unidos uns com os outros; primeiro, porque tem necessidades comuns, cuja satisfação não

---

<sup>120</sup> TOMASIVICIUS FILHO, Eduardo. *A Função Social da Empresa*, RT 810/33.

<sup>121</sup> Op. cit., p. 34.

<sup>122</sup> DUGUIT, León. *Las transformationes Del Derecho*, Buenos Ayres, Heliastas, p. 182.

podem alcançar a não ser pela vida em comum, a que ele denomina de solidariedade ou interdependência por semelhança; e, por outro lado, estes indivíduos estão unidos uns aos outros porque tem necessidades diferentes e aptidões diferentes.

Como anotado por JOSÉ FERNANDO DE CASTRO FARIAS<sup>124</sup>, para DUGUIT “a regra de direito é um produto social; ou, de preferência, é a própria sociedade, no sentido de que a existência da solidariedade implica a existência de uma regra de conduta”.

Assim, a visão solidarista acaba por influenciar fortemente o direito, criando o chamado socialismo jurídico, que defende a subordinação da propriedade ao direito coletivo com base na teoria do abuso do direito, pela qual as competências dos indivíduos tem um limite moral dentro do conteúdo dos poderes legais que as constituem.

A partir de então, passa-se a falar em Estado social moderno, que surge exatamente em decorrência da falsidade das premissas do Estado liberal: liberdade e igualdade entre os homens.

---

<sup>123</sup> Op. cit., p. 183.

<sup>124</sup> FARIAS, José Fernando de Castro. *A Origem do Direito da Solidariedade*, Renovar, 1998, p. 222.

Como define PAULO LUIZ NETTO LOBO<sup>125</sup> o Estado social sob o ponto de vista do direito é “aquele que acrescentou à dimensão política do Estado liberal (limitação e controle dos poderes políticos e garantias aos direitos individuais, que atingiu seu apogeu no século XIX) a dimensão econômica e social, mediante a limitação e controle dos poderes econômicos e sociais privados e tutela dos mais fracos”.

O Código Civil de 1916 recebe forte influência do individualismo típico do século XIX, principalmente em matéria obrigacional, onde predominava a visão absoluta da livre-iniciativa. Daí, porque não há nessa época qualquer referência à função social do contrato ou da propriedade.

A idéia de justiça social vem através da Constituição de 1934 e, mais acentuadamente na Constituição de 1988.

Na realidade, a Constituição de 1934 foi a primeira a falar do interesse social como condicionante da propriedade:-

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

---

<sup>125</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. *A teoria do contrato e o novo código civil*, Nossa Livraria, 2003, p. 9.

particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior”.

Já a Constituição de 1937 em seu art. 122, inciso 14 assegurava:

“o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”. E dispunha ainda, que o seu conteúdo e os seus limites seriam definidos nas leis que lhe regularem o exercício”.

O Texto Constitucional de 1946 previa a expropriação como sanção específica para o desrespeito a esse interesse social e, a partir da Constituição de 1967 é que se passa a utilizar a expressão “função social”<sup>126</sup>.

Mais tarde, a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 consagraram este princípio da forma mais ampla, dispondo que a ordem econômica e social têm por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base no princípio que menciona, dentre os quais se destaca o da função social.

---

<sup>126</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2ª. Ed., Saraiva, 2.000, p. 20.

A Constituição Federal de 1988 expressa a noção de iniciativa privada e da propriedade, bem como o ideal da socialidade, nos arts. 1º, III e IV, 3º, I, 5º, XXIII e 170, III.

O art. 1º, III e IV da Carta Constitucional de 1.988 apregoa:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

Já o art. 3º, I:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Diz o art. 5º que:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXIII - a propriedade atenderá a sua função social”.

O art. 170 preceitua que:



”A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: III - função social da propriedade; IV - livre concorrência”.

O primeiro confronto entre o pensamento liberal e a tendência socializante do direito ocorreu em detrimento da propriedade privada, sendo hoje pacífico que a propriedade é um direito limitado. Desse entendimento, por si só, já seria possível chegar à conclusão da função social do contrato, vez que é através deste que ocorre a circulação da propriedade<sup>127</sup>.

## 5.2. O fenômeno da função social e sua repercussão

Consoante observado por CALIXTO SALOMÃO<sup>128</sup>, a origem histórica mais influente do termo *função social* é encontrada na Constituição de Weimar, de 1919 e diz respeito à propriedade. O art. 153 desse texto constitucional foi retomado pela Constituição da República Federal da Alemanha, de 1949, em seu art. 14, 2ª alínea: “A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir o interesse da coletividade”, (*Eigentum verpflichtet, Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen*)”.

---

<sup>127</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*, 2ª. Edição, Malheiros, 2006, p. 710.

<sup>128</sup> SALOMÃO Filho, Calixto. *Função social do contrato: primeiras anotações*, RDM 132/7.

Por isso, ENZO ROPPO<sup>129</sup> menciona que é praticamente obrigatório falar na propriedade, ante o nexó de subordinação e instrumentalidade que ela possui com o contrato e, o contrato, por seu turno é considerado a chave de todo o processo econômico, fonte de inúmeras conexões funcionais.

Mas foi a partir da Primeira Grande Guerra que o Estado passa a intervir de maneira mais enfática nas relações pessoais, visando minimizar as desigualdades sociais e atender aos reclamos de uma população marginalizada.

Assim, FRANZ WIECKER<sup>130</sup> explica que:-

“... a economia de guerra da 1ª. Guerra Mundial, que trouxe pela primeira vez consigo graves restrições à liberdade contratual e à liberdade de utilização da propriedade, ao publicizar a comercialização de quase todos os bens e ao tomar medidas legislativas relativas à carência de habitação.

As tendências da evolução do direito privado tem também freqüentemente que ser compreendidas à luz destas mutações da constituição econômica alemã (e, em grande parte, também européia e norte-americana). Esta constituição força, em todo o lado onde a livre concorrência falha e a solidariedade social é ameaçada, a intervenção dos poderes públicos e à assunção e uma função dirigente pela administração pública da economia”.

---

<sup>129</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*, Livraria Almedina, 1988, p. 63.

<sup>130</sup> WIECKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, op. cit., p. 631/632.

A Igreja Católica passa a defender um exercício do direito de propriedade mais justo e solidário, como se observa inicialmente da Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII (1891)e, posteriormente da Encíclica *Mater et Magistra*, do Papa João XXIII, época em que se chegou a falar em *hipoteca social* que deveria pesar sobre cada propriedade<sup>131</sup>.

LUIZ EDSON FACHIN<sup>132</sup> observa que:-

“Quando se faz menção ao patrimônio e aos contratos, parte-se de um solo cultural composto por valores e conceitos, em relação aos quais se opera a apropriação para que, em seguida, sejam transformados. Eles podem servir a uma compreensão da nova realidade, simbolicamente, a figura do solo como uma reificação do objeto jurídico que, a seu turno, está submetido a novos moldes de apropriação. Há um novo ponto de chegada na dicotomia clássica entre direitos reais e direitos pessoais. É a “repersonalização” gerando suas seqüelas e colocando no debate as dicotomias e suas clivagens usuais”.

Fruto da Escola Solidarista ou dos chamados defensores do direito social, o fenômeno da função social dos institutos e, mais especificamente do contrato, como anota JOSÉ FERNANDO DE CASTRO FARIAS<sup>133</sup> advém do pensamento de autores como Duguit, Durkheim, Hauriou, Salleilles, Rawls e Gurvitch, que

---

<sup>131</sup> GOMES, Orlando. *Direitos Reais*, Forense, 1991, p. 109.

<sup>132</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, Renovar, 2000, p. 230.

<sup>133</sup> FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*, Renovar, 1998, p. 58.

romperam o paradigma individualista que reinava nas codificações oitocentistas, partindo para uma análise funcional que cada instituto possui no plano social.

Essa construção dogmática da prevalência dos interesses públicos sobre os privados, ou dos interesses coletivos sobre os individuais ganha novos relevos especialmente em se falando de contrato com a aplicação do chamado modelo *welfarista*, chamado de Estado do Bem-Estar Social, ou seja, com a efetividade do Estado Social.

Nessa ótica, o Estado passa a buscar novas fórmulas de estimular a cooperação e a solidariedade entre a comunidade, com o fim de viabilizar a convivência, a paz social e dirimir conflitos latentes, criando mecanismos de distribuição de benefícios sociais na vida comum. É o direito social querendo gerar justiça, coibindo o abuso do poder capitalista a fim de evitar riscos à coesão social.

Essa dinâmica é vista por EROS ROBERTO GRAU<sup>134</sup> da seguinte forma:-

“Por isso, tendo em vista a integração dela (função) como elemento inerente às estruturas dos direitos de propriedade, a introdução do conceito de função social no sistema que reconhece e garante a propriedade implica a superação da contraposição entre público e privado, isto é, a evolução da propriedade em sentido social implica em uma verdadeira metamorfose qualitativa

---

<sup>134</sup> GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*, Editora Revista dos Tribunais, 1981, p. 120.

no Direito, na sua realização concreta, destinada à satisfação de exigências de caráter social. Passa então a propriedade a ser vista desde uma visão prospectiva comunitária e não mais sob uma visão individualista. A propriedade continua a ser um direito subjetivo justificado exclusivamente pela sua origem, mas que remanesce na medida em que entendemos que o seu fundamento é inseparável da consideração do seu uso. Trata-se, então, de um direito subjetivo com uma função necessariamente social”.

De um lado o contrato, como forma de exercício da atividade empresária e, de outro, a própria empresa, como propulsora do hodierno sistema econômico, são fortemente influenciados por esse novo modelo jurídico.

O princípio constitucional da função social da propriedade, como esclarece JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>135</sup>:

"ultrapassa o simples sentido de elemento conformador de uma nova concepção de propriedade como manifestação de direito individual, que ela, pelo visto, já não o é apenas, porque interfere com a chamada propriedade empresarial" e conclui que o "direito de propriedade (dos meios de produção principalmente) não pode mais ser tido como um direito individual", devendo ele atender primariamente às necessidades da sociedade, isto é, à sua função social”.

Como ressaltado por MIGUEL REALE<sup>136</sup>, o fenômeno da constitucionalização do direito, que entre nós é fruto da Carta de 1988, veio, de

---

<sup>135</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 10ª. Edição, Malheiros, 1995, p. 275.

<sup>136</sup> REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*, RT, 2005, p. 262.

fato, influenciar todo o nosso ordenamento, especialmente em virtude dos princípios da eticidade e da socialidade.

Aliás, se infere da análise do art. 1º., IV da Constituição Federal, o fundamento constitucional da livre iniciativa que, confrontada com o art. 37, exige da administração pública a obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Isso espelha no art. 421 do Código Civil que, se de um lado temos a liberdade contratual, de outro, a mesma deverá ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Também o art. 422 exige que todo o liame contratual seja conduzido dentro dos limites da probidade e a boa-fé.

E, é com essa ambigüidade que a Constituição Federal trouxe aos institutos de direito privado (civil e comercial) ante a unificação das obrigações, o princípio da função social.

Como dito anteriormente, o princípio da função social tem suas raízes no direito de propriedade e, em nossa Constituição, nos incisos XXII e XXIII do art. 5º., isso é expressamente previsto, ou seja, é garantido o direito à propriedade e, está deverá atender sua função social.

### **5.3. Propriedade dos meios de produção e propriedade socializada**

A distinção doutrinária dos bens de consumo e dos bens de produção, feita por MESSINEO<sup>137</sup>, que em uma nova roupagem à doutrina tradicional, classifica os bens e os contratos segundo a função econômica, já sob influência dos novos princípios constitucionais é de grande importância quando se fala em função social.

Agora, vê-se o contrato em seu contexto funcional, classificando-o em:-

- A) Contratos que regulam as relações patrimoniais familiares;
- B) Contratos que favorecem a circulação de riquezas (bens e serviços):  
contratos de câmbio;
- C) Contratos de Colaboração (ou de cooperação): comissão, mandato, agência, representação, cessão de patente de invenção.
- D) Contratos de prevenção de risco: seguro, capitalização, renda vitalícia.
- E) Contratos de conservação (custódia) e cautelares: depósito, custódia, guarda de valores
- F) Contratos dirigidos com o fim de prevenir ou dirimir uma controvérsia:  
transação, compromisso.

---

<sup>137</sup> MESSINEO, Francesco. *Derecho Civil y comercial*, p. 535.

- G) Contratos de concessão de crédito: abertura de crédito, desconto, mútuo, conta-corrente.
- H) Contratos constitutivos de direitos reais de gozo: usufruto, uso, habitação, servidão
- I) Contratos de garantia real ou pessoal: hipoteca, fiança, anticrese.

MESSINEO<sup>138</sup> já advertia que tal classificação não é exaustiva, mesmo porque, a classificação econômica não coincide quer em alcance ou em significado com as categorias jurídicas.

A partir disso, exsurge a função social da propriedade dos bens de produção apontada por FÁBIO KONDER COMPARATO<sup>139</sup>, para quem tal classificação deve ser fundada na destinação dada à coisa e não em sua natureza.

A esse respeito, esclarece que, tradicionalmente, a propriedade privada sempre foi justificada como forma de subsistência, como meio de proteger o indivíduo e sua família contra as necessidades materiais. Segundo ele, o desenvolvimento da civilização industrial e a produção em regime de empresa fizeram com que outros meios de subsistência adquirissem maior relevância social do que essa concepção tradicional da propriedade, tais como a garantia de

---

<sup>138</sup> Ibidem, p. 536.

<sup>139</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Função social da propriedade dos bens de produção*, RDM 63/71.



emprego e de salário justo. Assim, a utilização dos bens de subsistência na produção faz com que os interesses envolvidos transcendam a esfera e o interesse individual, passando a adquirir dimensão coletiva.

Conforme anotado por EROS ROBERTO GRAU<sup>140</sup>, “a propriedade dotada de *função social*, é justificada pelos seus *fins*, seus *serviços*, sua *função*”.

Esta dimensão coletiva exige o cumprimento de uma função social ao se ter o domínio dos bens de produção. É justamente nesse sentido que se inseriu como princípio constitucional da ordem econômica (inciso III do art. 170, CF).

JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>141</sup> acrescenta que o dever de empregar os bens de produção segundo tal função social obriga seu titular a dar-lhes destino socialmente útil, que tenha em vista não somente os interesses individuais do proprietário, mas também os interesses da coletividade. Assim a liberdade de iniciativa econômica somente se legitima quando voltada à satisfação não só dos interesses privados de seu titular, mas também dos demais valores da ordem econômica, como a realização da justiça social e a valorização do trabalho humano.

---

<sup>140</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*, 5ª. Ed., Malheiros, 2000, p. 258.

<sup>141</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*, 10ª. Ed., Malheiros, 1995, p. 744.

Exatamente por essa razão COMPARATO<sup>142</sup> afirma que a propriedade sob a forma de empresa não somente tem uma função social, mas é uma função social. Para ele, a atividade empresarial deve ser exercida pelo empresário, nas sociedades mercantis, não no interesse próprio, mas no interesse social.

Trata-se de um poder-dever, a meio caminho entre o jus (direito) e o *manus* (poder). Portanto, a liberdade de iniciativa empresarial, porque inserida no contexto constitucional, há de ser exercida não somente com vista ao lucro, mas também como instrumento de realização da justiça social (melhor distribuição de renda) com a devida valorização do trabalho humano, como forma de assegurar a todos uma existência digna.

Assim, alerta ele que o lucro não se legitima por ser mera decorrência da propriedade dos meios de produção, mas como prêmio ou incentivo ao regular desenvolvimento da atividade empresarial, segundo as finalidades sociais estabelecidas em lei. Ou seja, a liberdade de iniciativa, mais do que uma garantia individual, passa a servir a uma técnica de produção social, dentro da qual se insere o sistema de mercado, cujos objetivos são juridicamente estabelecidos.

Em outras palavras, o estabelecimento de uma ordem econômica, que tem por objetivo a realização da justiça social, através da proteção do consumidor, da busca do pleno emprego, da redução das desigualdades sociais etc., condiciona

---

<sup>142</sup> Op. cit., p. 73.

não apenas a ação do Estado, mas as ações de toda sociedade, principalmente dos titulares das empresas.

A liberdade individual de iniciativa empresária não torna absoluto o direito ao lucro, colocando-o acima do cumprimento dos grandes deveres de ordem econômica e social, igualmente expressos na Constituição. Em suma, a liberdade de iniciativa econômica está sujeita apenas a limitações impostas pela função social enumeradas pela ordem jurídica vigente. É justamente nesse campo limitado que o poder econômico vai encontrar as condições necessárias para seu exercício de forma legítima (exercício regular do domínio econômico).

Como salientado por CALIXTO SALOMÃO<sup>143</sup>, tal classificação não esgota a variedade dos bens que podem estar sujeitos ao princípio da função social e, em termos concorrenciais, chama a atenção para uma classe chamada de “bens de acesso necessário”, ou seja, bens de cuja utilização depende a possibilidade de concorrer em um determinado mercado.

Em relação a eles, fala-se em função social, consistente em sua utilização ou disponibilização a terceiros (concorrentes), toda vez que os mesmos sejam detidos por monopolista, de fato ou de direito.

---

<sup>143</sup> SALOMÃO Filho, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*, Malheiros, 2003, p. 114.

#### 5.4. Função social do contrato

Com o amadurecimento do capitalismo após a Segunda Guerra Mundial é que o contrato passa a exercer o que ORLANDO GOMES<sup>144</sup> chama de *nova função*, especialmente em razão das novas formas organizacionais que a empresa adota, no âmbito da sociedade e dos grupos (como *holdings*, consórcios, etc.), sendo a configuração societária mais expoente - a sociedade anônima.

Também os novos modelos contratuais do exercício da empresa, como o *know-how*, o *leasing*, o *factoring*, o *franchising* e as demais figuras atípicas que ganharam posterior tipicidade mobilizam o mercado como forma de alargamento da distribuição.

Ainda foram aparecendo novas formas de contratar, como os contratos-tipo, os contratos de adesão, de formulários, o que exigiu uma nova postura interpretativa, inclusive a fim de se proteger a parte mais fraca, normalmente o consumidor, impondo a intervenção do Estado através de leis específicas, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor.

De fato, como adverte CUSTODIO DA PIEDADE UBALDINO MIRANDA<sup>145</sup>, o fenômeno da contratação padronizada se iniciou com o advento da Revolução Industrial, diante da necessidade de se atender a uma demanda advinda da

---

<sup>144</sup> GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*, p. 108.

<sup>145</sup> MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. *Contrato de adesão*, Atlas, 2002, p. 147.

produção em massa. A sua origem é conseqüência direta do desenvolvimento do sistema de produção e distribuição em série dos bens.

Sem dúvida, o mercado moderno não existiria sem o emprego generalizado das cláusulas contratuais uniformes.

Com a passagem da produção artesanal para uma produção em série e, isso praticamente em todos os setores da atividade econômica, houve a necessidade de standardização das cláusulas contratuais, inclusive a fim de trazer redução de custos às empresas, eficiência gerencial e economia de gestão<sup>146</sup>.

Observa-se que, a uniformização contratual conduz a uma despersonalização das relações jurídicas e a uma impessoalidade negocial.

A *publicização* dos contratos aponta o declínio da autonomia da vontade e sugere uma transformação da teoria dos contratos, com a substituição do indivíduo como um fim em si mesmo pelo indivíduo como um ser social, a substituição do direito subjetivo inviolável pelo direito exercido como função social, a substituição da vontade como fonte de direitos e deveres pela vontade como instrumento de interesse social, a substituição do contrato como negócio jurídico independente pelo contrato social, o aparecimento da teoria das relações

---

<sup>146</sup> AMARAL Júnior, Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*, RT, 1.993, p. 113.

contratuais de fato, a expansão da uniformização contratual, pela proliferação dos contratos de adesão, a incorporação do princípio da boa-fé na formação e execução contratual, a coligação e publicização dos contratos, o predomínio do contrato sobre a lei de natureza facultativa<sup>147</sup>.

Disso se observa que o fenômeno da contratação evolui, não mais envolvendo apenas as partes originárias, mas terceiros, sendo instrumento de distribuição e movimentação de riqueza, mas que agora com o dever de atender às necessidades e interesses da coletividade.

O contrato então passa a ser concebido como um instrumento de cooperação social e até mesmo de distribuição mais igualitária de bens, conferindo segurança necessária à atividade empresarial, pois passa a gozar de uma interpretação mais justa.

Com a idéia de novos paradigmas também há que se falar em novos princípios e, valores como a equidade, a boa-fé e a segurança nas relações jurídicas passam a tomar lugar ao lado da autonomia da vontade, essa já bem mais mitigada<sup>148</sup>.

---

<sup>147</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*, 3ª. Ed., RT, 2002, p. 68.

<sup>148</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*, 3ª. Ed., 1999, p. 103.

A idéia da função social faz com que se deixe de lado o exame dos institutos sob a ótica clássica, mas que se busquem novos ícones, como a liberdade individual, a justiça, a solidariedade, a igualdade, valores estes oriundos de uma visão civil-constitucional do direito<sup>149</sup>.

De fato, como anotado por JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>150</sup>, a idéia de função social do contrato deriva da previsão constitucional sobre função social da propriedade (art. 170, III).

No início, com o regime capitalista a propriedade deixou de ser apenas um direito para se tornar um instrumento de dominação, com o proprietário determinando as regras do jogo econômico.

Ante a massificação das relações humanas e diante de imensas distâncias sociais, sobrevieram restrições ao direito de propriedade, condicionando seu uso, como ensina CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA<sup>151</sup> “a uma conciliação entre as faculdades do dono e o interesse do maior número: reduz-se a liberdade de utilização e disposição de certos bens; sujeita-se a comercialidade de algumas utilidades à severa regulamentação; proíbe-se o comércio de determinadas substâncias no interesse da saúde pública”.

---

<sup>149</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato – novos paradigmas*, Renovar, 2002, p. 223.

<sup>150</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*, 2ª. Edição, Malheiros, 2006, p. 712.

<sup>151</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Forense, vol. IV, 5ª. Ed., 1984, p. 63

Portanto, percebe-se que as restrições à propriedade estão intimamente ligadas às restrições à liberdade de contratar. Ora, reduzir a liberdade de utilização e de disposição nada mais é do que impedir, ainda que não totalmente, que a propriedade seja objeto de contrato.

Nesse sentido, vale a pena repetir as palavras de MIGUEL REALE<sup>152</sup>: “o reconhecimento da função social do contrato é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir a ordem econômica”.

Passou-se então a falar na função social do contrato, sendo certo que, o art. 421 do Código Civil prevê expressamente que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

A função social do contrato no estado liberal consistia em possibilitar o equilíbrio formal e a autonomia da vontade dos contratantes. Com a mudança de paradigma, a função social concebida ganhou novos relevos, deixando de ser a liberdade do indivíduo, mas a liberdade dos indivíduos da sociedade, enfim, da coletividade<sup>153</sup>.

---

<sup>152</sup> REALE, Miguel. *O projeto do código civil: situação atual e seus problemas fundamentais*, Saraiva, 1986, p. 32.



Não se perca de vista que, todo o direito deve ter uma função social, pois não mais se admite um direito que não cumpra uma função dentro da sociedade e uma função pela sociedade. E é justamente essa função que dá conteúdo ao direito, direcionando-lhe e informando-lhe a interpretação.

A função social do contrato também está intimamente ligada aos princípios da probidade, da boa-fé e do equilíbrio contratual (art. 422 do Código Civil), sem o que não se pode dizer que o contrato cumpriu sua função social, pois caso contrário, o contrato seria uma mera imposição de uma parte sobre a outra, senão abusivo, desleal e injusto.

Em se tratando de relações contratuais e, do ponto de vista econômico, as trocas devem ser equilibradas, caso contrário, esse é o ponto de partida para a revisão dos contratos, ou seja, a desproporção, a lesão, a onerosidade excessiva.

Já o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 6º., V dispunha claramente da possibilidade de modificação das cláusulas contratuais que estabelecessem prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornassem excessivamente onerosas, isso antes mesmo do atual Código Civil, razão pela qual se diz que o microsistema do Código do Consumidor é mais avançado que o do Código Civil.

---

<sup>153</sup> TIMM, Luciano Benetti. *Direito de Empresa e Contratos – estudos dos impactos do novo código civil*, Thomson-IOB, 2004, p. 13.

Deixando a ótica individualista que regia o diploma de 1.916, o atual código abraça o princípio da função social, ao dispor expressamente em seu art. 421 que:-

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

FLÁVIO TARTUCE<sup>154</sup> assinala que o tema possui “fundamento constitucional”, uma vez que a “função social do contrato está intimamente ligada à proteção dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, amparada no art. 1º., III, da CF/1988”.

E, em que pesem os inúmeros esforços para se definir o que vem a ser propriamente “função social”, certo é que tal conceito possui diversas conotações, mas, destaca-se principalmente, ao nosso ver, pela questão da extrapolação dos limites do contrato.

É que, nesse novo paradigma, o contrato vai além da relação partidária e, devido a essa função social atinge um supra-direito, ou seja, interessa a avença a colaboradores e terceiros.<sup>155</sup>

Foi justamente o que concluiu JORGE ALBERTO QUADROS DE CARVALHO SILVA<sup>156</sup>, dizendo que:-

---

<sup>154</sup> op cit., p. 200

<sup>155</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Princípios do Novo Direito Contratual*, RT 750/116.

“O princípio da função social do contrato tem como pressuposto o reconhecimento de que este tem seu valor social, não só como figura jurídica abstrata, mas também como negócio jurídico envolvendo duas ou mais pessoas particularmente consideradas, com reflexos e efeitos para toda a sociedade”.

Nesse ponto, é visível a quebra do paradigma, especialmente porque se percebe, nitidamente, uma total discrepância entre o “velho” e o “novo” modelo contratual.

Sob esse novo prisma, o pacto passa de impermeável a permeável, ou seja, outrora era indiscutível, “*pacta sunt servanda*”, hoje com a possibilidade de ser revisto, revisado, discutido, resolvido ou modificado eqüitativamente.

Enfim, abre-se a porta da clausura e, as luzes desse novo direito passam a iluminar os velhos conceitos dogmáticos, repaginando as raízes dos princípios que de forma tão veemente influenciaram toda uma geração.

Falar em função social do contrato é rasgar o véu do bilateralismo, tornando o contrato como um instrumento que serve para a “satisfação dos interesses da sociedade”<sup>157</sup>

---

<sup>156</sup> SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Cláusulas Abusivas no Código de Defesa do Consumidor*, Saraiva, 2003, p. 63.

<sup>157</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*, Vol. 3, 3ª. Ed., 2005, p. 129.

MESSINEO<sup>158</sup> já destacava a função social do contrato:-

“O contrato, qualquer que seja sua figura concreta, exerce uma função e tem um conteúdo constante; deve ser o centro da vida dos negócios, o instrumento prático que realiza as mais variadas finalidades da vida econômica que impliquem na composição dos interesses inicialmente opostos, ou pelo menos não coincidentes”.

E, nesse sentido, CLÁUDIA LIMA MARQUES<sup>159</sup> afirma que:-

“A nova concepção de contrato é uma concepção *social* deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os *efeitos* do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância”.

Passa-se a tutelar interesses coletivos, difusos, individuais homogêneos, direitos subjetivos indisponíveis ou irrenunciáveis, tipos esses de interesse social.

JUDITH MARTINS-COSTA<sup>160</sup>, por exemplo, aponta que:

---

<sup>158</sup> MESSINEO, Francesco. *Doctrina general Del contrato*, p. 34.

<sup>159</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3ª. Edição, 1999, RT, p. 101

<sup>160</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*, RT 753/24-48).

“a atribuição de uma função social ao contrato não deveria, pois, já por isto, ser objeto de estranhamento. Até porque tal atribuição insere-se no movimento da funcionalização dos direitos subjetivos, o qual, há muitas décadas, já não seria uma novidade em doutrina e mesmo no plano legislativo, bastando recordar a célebre fórmula do século XX como tentativa de buscar “um novo equilíbrio entre os interesses dos particulares e necessidades da coletividade”.

Há quem defenda, como ANTONIO JEOVÁ SANTOS<sup>161</sup> que:

“o direito dos contratos tende a se humanizar e a se socializar, seja no que tange aos contratos mais modestos e freqüentes, seja ainda na imensa oferta especulativa em que o comércio e a indústria se enfrentam com as poderosas coalizões, amálgamas, *holdings*, *trusts*, cartéis, empresas multinacionais ou transnacionais”.

De fato, a tendência da socialização é patente e perceptível, não sendo de hoje que se fala na “funcionalização do direito”, já apregoada por Norberto Bobbio e por tantos outros.

Entretanto, para ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO<sup>162</sup>:

“o princípio da função social do contrato é preceito destinado a integrar os contratos numa ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas”.

---

<sup>161</sup> SANTOS, Antonio Jeová. *Função Social, Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos*, ed. Método, 2002, p. 116.

<sup>162</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Princípios do Novo Direito Contratual*, RT 750.

Em suma, como assinalado por MIGUEL REALE<sup>163</sup>, o papel da função social do contrato implica no enriquecimento do princípio da boa-fé em sua origem, ou seja, desde a formação dos negócios jurídicos até sua execução, sendo que, no atual sistema do Código Civil de 2002, preferiu o legislador uma solução intermediária, ou seja, a utilização de cláusulas abertas propícias a soluções equitativas e concretas, fugindo do individualismo que ocorria no Código de 1916, mas também não abarcando a “socialização dos contratos”.

### **5.5. Função social da empresa**

Em que pese o legislador no Código Civil Brasileiro de 2.002 não se referir expressamente à função social da empresa, é certo que, se o exercício da atividade da empresa se dá pela via contratual e, segundo o art. 421 do citado código diz que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, então podemos falar em função social da empresa.

ASCARELLI<sup>164</sup> já prenunciava uma conotação funcional e social da empresa, considerando-a como uma agregação do interesse público e o privado. A iniciativa econômica privada é livre, dizia, entretanto, o que deve prevalecer é o interesse geral, admitindo, inclusive, que a atividade empresarial privada deveria ser dirigida e coordenada para fins sociais.

---

<sup>163</sup> REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*, São Paulo, RT, 2005, p. 268.

<sup>164</sup> ASCARELLI, Tullio. *Iniciación al Estudio Del Derecho Mercantil*, Publicaciones Del Real, Barcelona, p. 130.

Surge então uma nova concepção empresarial, que segundo COMPARATO<sup>165</sup> seria uma sociedade que possui interesse próprio, que não coincide com o interesse particular dos sócios e que se lhe sobrepõe.

Esta é justamente a nova roupagem que se pretende atribuir à empresa “funcionalizada”, “socializada”, onde o interesse particular não pode sobrepujar o interesse social.

Mas o que é interesse social?

Para CALIXTO SALOMÃO<sup>166</sup>, numa primeira análise, há que se definir o interesse social como o interesse dos sócios e, somente dos sócios atuais.

Porém, adverte o autor que, uma segunda vertente acresce não apenas os atuais sócios, mas os futuros, o que é relevante, já que a empresa possui, obviamente, interesses futuros.

Esses interesses futuros dizem respeito à própria preservação da empresa, daí porque, o interesse social não pode ser tido como um conceito abstrato, mas diz respeito ao interesse coletivo, do grupo de sócios.

---

<sup>165</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*, Editora Revista dos Tribunais, 1970, p. 45.

<sup>166</sup> SALOMÃO Filho, Calixto. *O Novo direito societário*, Editora Malheiros, 1998, p. 14.

Tal concepção contratualista diverge da institucionalista, onde a empresa não pode se reduzir ao interesse dos sócios, mas deve se curvar ao interesse empresarial.

Foi justamente da concepção institucionalista desenvolvida na Alemanha, como observa CALIXTO SALOMÃO<sup>167</sup> que ganhou peso a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, sendo a primeira sistematização feita por Rolf Serick.

Como observado por BULGARELLI<sup>168</sup>, a concepção contratualista permeia nossa legislação (art. 997 do Código Civil), que tem na Lei das Sociedades Anônimas influencia marcadamente institucionalista.

Segundo ASCARELLI<sup>169</sup>, a solução para se definir problemas relativos à definição de interesse social é a aplicação da *teoria do contrato-organização*.

Essa teoria diferencia os contratos associativos dos contratos de permuta, ou seja, o núcleo dos contratos associativos está na organização criada, enquanto que nos contratos de permuta o ponto fundamental é a atribuição de direitos subjetivos.

---

<sup>167</sup> Ibidem, p. 78.

<sup>168</sup> BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades comerciais, empresa e estabelecimento*, Atlas, 1985, p. 92.

<sup>169</sup> ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, 2ª. Ed., Saraiva, p. 271.



Portanto, enquanto a função dos contratos de permuta é a criação de direitos subjetivos entre as partes, nos contratos associativos se busca uma organização.

De maneira que, utilizando-se da teoria do contrato-organização, o interesse está no valor da organização, e não na coincidência dos interesses de uma determinada pluralidade de partes.

Entendendo a sociedade como organização, o interesse social passa, então, a ser identificado pela estruturação e organização mais eficiente dos contratos e das relações jurídicas, traduzindo-se no interesse à maximização dos lucros e na própria preservação da empresa<sup>170</sup>.

O Código Civil de 2.002, a exemplo do Código Civil Italiano de 1942, em nome da unidade lógica, procedeu a unificação do direito das obrigações, na esfera civil e na comercial, no que se refere a sua parte geral, de onde se pode concluir que a função social dos contratos encampou o direito obrigacional como um todo.

---

<sup>170</sup> SALOMÃO Filho, Calixto. *O Novo direito societário*, Editora Malheiros, p. 34.

O Código Civil de 2.002 revogou a primeira parte do Código Comercial (arts. 1º.-456). A parte terceira já havia sido revogada pela Lei de Falências (arts. 797-913), restando em vigor unicamente a parte que trata do comércio marítimo, com exceção do Título IX (Do naufrágio e dos salvados – arts. 731-739), revogados pela Lei 7.542/86.

A unidade empresarial é, na verdade uma especificação do direito das obrigações, uma projeção natural e imediata deste. É por esta razão que o direito de empresa (Livro II) surge no Código Civil de 2.002 como consequência imediata do direito das obrigações (Livro I). É por este motivo também que se pode falar em função social da empresa.

Para RUBENS REQUIÃO<sup>171</sup>, a empresa, em síntese, no sentido econômico, pode ser definida como uma organização de fatores de produção.

Por este conceito, 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.

---

<sup>171</sup> REQUIÃO, Rubens. *A co-gestão: a função social da empresa e o Estado de direito*. Revista Forense, ano 74, v. 262, p. 32.

Como se viu, o Código Civil de 2.002 não fala expressamente em função social da empresa, mas segundo entendimento de ARNOLD WALD<sup>172</sup>, a sociedade é um contrato plurilateral, aplicando-se também a ela o art. 421, do Código Civil de 2.002, sendo que sua sociabilidade significa a democratização e moralização do governo da empresa e a realização de uma conduta que atenda aos superiores interesses da mesma.

Mesmo antes da vigência do Código Civil de 2.002 ou da Constituição de 1.988, a Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76) em seus arts. 116, Parágrafo Único e 154, já expressava noções do princípio.

Como apontado por FÁBIO KONDER COMPARATO<sup>173</sup>, a função social da empresa possui raízes históricas ligadas ao reconhecimento de deveres externos da empresa, em virtude de sua influência e relevância na vida social.

Surge então a necessidade de se impor obrigações positivas à empresa, ante sua preponderância no cotidiano social, pelo que se passa a falar em concepção social intervencionista a fim de reequilibrar as relações sociais desiguais.

---

<sup>172</sup> WALD, Arnold. *O empresário, a empresa e o código civil*, in: FRANCIULLI NETTO, Domingos et al. (Coords.). *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. LTr, 2003, p. 854.

<sup>173</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de controle na sociedade anônima*, 4ª. Edição, Forense, 2005, p. 132.

No direito antitruste, essa concepção é nitidamente visível no art. 21 da Lei n. 8.884/94, quando trata da repressão ao abuso de preços, tornando uma verdadeira obrigação positiva do monopolista de praticar preços competitivos<sup>174</sup>.

Entretanto, o princípio da função social da empresa vai mais longe, visando, inclusive, a proteção de terceiros interessados envolvidos com a empresa, que cada vez mais influencia e modifica a comunidade em que atua.

Nesse sentido, o art. 154 da Lei das S/A dispõe que “o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”.

A lei, portanto, prescreve que, no exercício da atividade empresarial, além dos interesses da própria sociedade, devem ser respeitados interesses da “comunidade”.

Assim é que a função social da empresa limita a vontade e o interesse dos sócios, substituindo esse poder arbitrário pelo equilíbrio que deve passar a existir entre as forças que cooperam para o desenvolvimento das finalidades empresariais. Trata-se de submeter o interesse particular ao interesse social.

---

<sup>174</sup> SALOMÃO Filho, Calixto. *Regulação e concorrência – estudos e pareceres*, Malheiros, 2001, p. 32.

De fato, é difícil compatibilizar a função social da empresa com seu objeto<sup>175</sup>, que é uma organização produtora de lucros, exigindo-se que a mesma tenha afinidade com os interesses sociais, locais, regionais ou nacionais.

A empresa não exercia funções sociais, como as que hoje são apregoadas, mas historicamente, seu objetivo era restrito a proporcionar lucros para o comerciante (antiga figura do atual empresário).

No passado, a atividade mercantil mostrou-se extremamente predadora e desumana, prova disso era o tráfico de escravos, o saque e a exploração desenfreada das reservas naturais, causando danos irreversíveis ao meio ambiente.

Hoje a idéia da função social em direito ambiental é da recuperação dos prejuízos causados ainda que não haja dano sofrido (art. 225, § 2º. da Constituição Federal), o que torna o princípio corolário de deveres positivos e não mera obrigação de abstenção.

Ainda em termos ambientais, a função social da empresa reclama a utilização sustentável dos recursos naturais por parte da mesma, compatibilizando desenvolvimento econômico e social com a preservação do equilíbrio ecológico e com a qualidade do meio ambiente.

---

<sup>175</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*, vol. I, Malheiros, 2004, p. 174.

O princípio da função social da empresa também aponta para a quebra do paradigma da relatividade dos contratos.

Outrora, a eficácia contratual era “*res inter alios acta, aliis neque nocet prodest*”, ou seja, seus efeitos só se produziam entre as partes contratantes<sup>176</sup>.

Como visto, tal concepção mudou, mesmo porque, o eixo do voluntarismo não serve mais como princípio, pois foi socializado, permitindo-nos deduzir que os efeitos obrigatórios dos contratos possam avançar sobre a figura jurídica do terceiro.

E, a empresa participa direta e constantemente dessa triangulação, pelo que TERESA NEGREIROS<sup>177</sup> chega a falar que, “sob certas circunstâncias, a responsabilidade contratual alcance terceiros lesados pelo descumprimento de uma obrigação assumida no âmbito de um contrato de cuja formação não participaram”, apontando o sistema de responsabilidade civil do Código do Consumidor como exemplo de reformulação do princípio da relatividade.

---

<sup>176</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*, 12<sup>a</sup>. Ed., Forense, 1991, p. 43.

<sup>177</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato – novos paradigmas*, Renovar, 2002, p. 230.

Realmente, como salienta ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO<sup>178</sup>, o princípio da função social é o que mais ponderações suscita acerca dos contornos da relatividade.

Neste enfoque funcional, onde se admite a possibilidade de que pessoas que não consentiram na formação do contrato fiquem sujeitas aos seus efeitos é que a função social da empresa ganha peso.

A responsabilidade do administrador com os interesses sociais e não com os seus próprios interesses se torna fundamental, que FÁBIO KONDER COMPARATO<sup>179</sup>, citando Gierki e sua teoria da sociedade como pessoa em si, chega a dizer que “a sociedade tem um interesse próprio, que não coincide com o interesse particular dos sócios”.

De fato, o interesse particular da sociedade transcende aos interesses dos sócios que é, “*prima facie*”, o da obtenção de lucro.

A sociedade sob o enfoque civil-constitucional tem uma nova roupagem, agora publicizada, eticizada e, aplicando-se o paradigma da essencialidade, como apregoado por TERESA NEGREIROS<sup>180</sup>, devemos nos perguntar - Como nós podemos fazer do direito antitruste uma ferramenta útil para mudanças sociais na

---

<sup>178</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Princípios do novo direito contratual*, RT 750/113.

<sup>179</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa*, RT, 1970, p. 45.

<sup>180</sup> Op. Cit., p. 472.

sociedade ? – e a resposta, por certo, passa pela abordagem da questão atinente à função social e a regulação da concorrência.

## **5.6. Função social e regulação da concorrência**

Consoante aduzido por ARNOLD WALD<sup>181</sup>, a defesa da concorrência no Brasil não é fenômeno recente, pois já constava do art. 115 da Constituição Federal de 1934, quando surgiram as primeiras preocupações relativas à liberdade econômica, muito embora não se tivesse lei destinada a regulamentar a competição no mercado.

A repressão ao abuso econômico veio mesmo com a Constituição de 1946, em seu art. 148, sendo que sua regulamentação somente se deu através da Lei n. 4.137, de 10 de dezembro de 1962.

Entretanto, isso não bastou para garantir o florescimento e a eficiência do sistema concorrencial, mesmo porque, a análise do fenômeno da concorrência não pode ser feita seguindo-se unicamente aspectos econômicos<sup>182</sup>.

---

<sup>181</sup> WALD, Arnold. *A concorrência, o direito do desenvolvimento e o projeto de reforma de Lei 8.884/1994*, IN Direito Empresarial, Aspectos atuais de direito empresarial e comparado, São Paulo, Método, 2006, p. 13.

<sup>182</sup> SZTAJN, Rachel. *Função social do contrato e direito de empresa*. RDM vol 139, p. 40.



Como bem observado por MIGUEL REALE<sup>183</sup>, o § 4º., do art. 173 da Constituição Federal é um exemplo claro da constitucionalização do direito privado, não admitindo negócio jurídico que implique abuso do poder econômico e que vise a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

De fato, o fenômeno concorrencial veio a publicizar o direito comercial, que em sua dinâmica, evoluiu.

Como apontado por GALGANO<sup>184</sup>, a empresa só estará funcionalizada, a medida que sua utilidade social exista e a medida que exista uma legislação regulatória a respeito.

Dessa forma, em primeiro lugar, sinaliza o legislador constitucional da necessidade de se coibir o abuso do poder econômico, sem que com isso se percam de vista outras ilicitudes à ordem concorrencial.

O mandamento constitucional previsto no art. 173, § 4º. da Magna Carta<sup>185</sup> impõe limites à concorrência e, por via de consequência, à liberdade de contratar (poder negocial).

---

<sup>183</sup> REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*, RT, 2005, p. 267.

<sup>184</sup> GALGANO, Francesco. *Instituciones de la economia capitalista*, Editorial Ariel, Barcelona, 1990, p. 193.

<sup>185</sup> “Art. 173, § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Esse dirigismo legal, como aponta ASCARELLI<sup>186</sup> é necessário, pois visa restringir as práticas concorrenciais abusivas, impondo regras gerais de conduta à atividade empresarial..

A defesa da concorrência se torna uma garantia institucional, cujo objetivo é o de proteger o cidadão contra as agressões do mercado.

WALDIRIO BULGARELLI<sup>187</sup> mostra que a questão da concentração de empresas e o domínio de mercado se encontra superada pela doutrina mais moderna, que distingue a boa da má concentração pela teoria do abuso do direito.

Sem dúvida que a teoria do abuso do direito é verdadeiro “divisor de águas” no direito antitruste, tanto que, PAULA FORGIONE<sup>188</sup> salienta que, “a empresa que se encontra em posição dominante tende a adotar o comportamento típico de um monopolista, aumentando preços, não prezando a qualidade de seu produto ou serviço e ainda impondo a outros agentes econômicos práticas que não adotariam, caso houvesse concorrência naquele mercado”.

---

<sup>186</sup> ASCARELLI, Túllio. *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Publicaciones Del Real, Bosch Casa Editorial, 1970, p. 83/84.

<sup>187</sup> BULGARELLI, Waldirio. *Concentração de empresas e direito antitruste*, Atlas, 3ª. Ed., 1997, p. 28

<sup>188</sup> FORGIONE, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*, RT, 2ª. Ed., 2005, p. 315.

Na lição de JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA<sup>189</sup>, hoje a preocupação da doutrina é com as condutas tendentes à dominação dos mercados, consubstanciadas no abuso do poder econômico.

Como visto, na linguagem constitucional (art. 173, § 4º.), o abuso do poder econômico se dá pela dominação dos mercados e pelo aumento arbitrário dos lucros.

Essa dominação pode ocorrer de duas formas: através da exclusão e da colusão.

A exclusão dos concorrentes pode ocorrer pela predação ou através de negociação compulsória.

CALIXTO SALOMÃO<sup>190</sup> define a predação como “a conduta pela qual o agente econômico incorre em prejuízos na expectativa de eliminar o concorrente do mercado, esperando recuperar posteriormente, através de diversas formas, o montante perdido”.

---

<sup>189</sup> FONSECA, José Júlio Borges da. *Direito antitruste e regime das concentrações empresariais*, Atlas, 1997, p. 74.

<sup>190</sup> SALOMÃO Filho, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*, Malheiros, 2003, p. 159.

São exemplos mais comuns de predação, a imposição de preços abaixo do custo (*dumping*), a predação tecnológica, através da inovação, da incompatibilidade de sistemas.

São exemplos de negociação compulsória, a venda casada e algumas espécies de exclusividade que visem impedir a concorrência.

Já a colusão se dá através da formação de cartéis e do ajuste de comportamento entre participantes do mercado (discriminação entre concorrentes e imposição de condições de revenda).

As formas colusivas estão previstas na legislação concorrencial pátria, que coíbe tanto a fixação de acordo expresso quanto tácito, de preços ou condições de venda uniforme entre os concorrentes (art. 21, I da Lei n. 8.884/94).

Tais ajustes que visem a eliminação total ou parcial da concorrência ou a dominação de mercado constituem figuras típicas previstas no art. 4º, I alínea “a”, da Lei n. 8.137/90.

Ora, se de um lado temos a atividade regulatória como forma de repressão ao abuso do direito, de outro, temos a função social como contrapeso.

Como define FÁBIO KONDER COMPARATO<sup>191</sup>:

---

<sup>191</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial – Estudos e Pareceres*, 1995, p. 9.

“função, em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. A consideração dos objetivos legais é, portanto, decisiva nessa matéria, como legitimação do poder. A ilicitude, aí, não advém apenas das irregularidades formais, mas também do desvio de finalidade, caracterizando autêntica disfunção”.

ISABEL VAZ<sup>192</sup> chama a atenção para o fato de que todos os tipos de propriedade admitidos devem ter um comprometimento com a realização de uma função social, de tal forma que isso implica em deveres e restrições comprometidos com a realização de uma justiça social.

Tais “deveres e restrições” estão ligados à idéia de “regulação” e, a “regulação”, por seu turno, à noção de função social.

Neste ponto, CALIXTO SALOMÃO<sup>193</sup> ao analisar a doutrina das *essential facilities*, chega a um conceito de função social do monopolista detentor de bens essenciais.

Ora, se o mesmo disponibiliza tais bens a terceiros concorrentes, pode-se falar em função social dos chamados “bens de acesso necessário”.

---

<sup>192</sup> VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*, Forense, 1993, p. 490.

<sup>193</sup> SALOMÃO Filho, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*, Malheiros, 2003, p. 116.

Neste ponto, ressaltamos que o princípio da função social determina que os interesses individuais das partes sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre e como estes se apresentarem.

A idéia da função social como cláusula geral ou princípio norteador do sistema é medida que se impõe.

A função social vista sob o prisma da concorrência ganha novos contornos. De um lado, temos o Estado limitando o abuso. De outro, os concorrentes, o próprio mercado e a sociedade civil, esta, em última análise, representada pela massa consumidora.

Segundo ROGÉRIO FERRAZ DONNINI<sup>194</sup>, a função social está intimamente ligada à idéia de comutatividade ou justiça comutativa, a partir do momento em que visa impedir a celebração de pactos contrários aos ideais de justiça.

Com isso, fica clara a necessidade, em atenção ao princípio da solidariedade social, que a concorrência seja regulada, concorrendo para as relações de cooperação entre os homens, antes do que de acirrada disputa, ajustando-se às dimensões de humanidade.

---

<sup>194</sup> DONNINI, Rogério Ferraz. *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*, RT, 2000, p. 73/74.

Este círculo que envolve propriedade, empresa, atividade econômica, concorrência, regulação e função social, se fecha com a realização da chamada “justiça social”, que, em última análise é pedra angular de todas as questões sociais<sup>195</sup>.

---

<sup>195</sup> CORREA, Oscar Dias. *A crise da Constituição, a constituinte e o STF*, RT, 1986, p. 29/30.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo tratou da empresa, desde suas primeiras concepções, iniciando por um breve apanhado histórico do instituto e seu desenvolvimento ao longo do tempo.

Vimos que o papel da empresa mudou de uma simples objetivação de lucro, para uma importância social relevante. Prova disso são suas interações com o mercado e sua conotação concorrencial.

Essa evolução advém de diversas transformações sofridas pelo Direito como um todo nos últimos tempos.

De fato, o Direito não é mais apenas um agente regulamentador de interesses privados. Essa dogmática se partiu. Houve, realmente a quebra do paradigma. A sociedade também mudou. O aumento da utilização do capital como meio de dominação, a Revolução Industrial e as Guerras Mundiais, forçaram a revisão da teoria clássica.

O fenômeno da contratação em massa e a despersonalização das relações contratuais fizeram com que novos postulados surgissem, sobrevivendo modificações legislativas que atingiram o Direito Constitucional, socializando o direito privado.



Entretanto, o direito obrigacional, sedimentado na visão romanista, demorou para absorver as novas idéias, sendo sua figura mais expoente – o contrato, que permaneceu por mais tempo estático.

Novos princípios foram assimilados, fazendo com que se ultrapassasse a barreira da autonomia da vontade, como idéia principal.

A característica de relatividade dos efeitos do contrato, a boa-fé objetiva, a probidade, a igualdade, a equivalência das prestações e a função social indicam uma interdependência entre as relações dos contratantes e a sociedade.

A função social ganha tamanha relevância que determina os moldes para o direito de contratar, tornando-se cláusula geral.

Com um atraso de aproximadamente sessenta anos, nosso direito comercial finalmente recepciona esses princípios, afastando-se dos chamados “atos de comércio”, para interagir, de vez, com a moderna teoria da empresa.

Empresa é atividade econômica organizada, voltada para a produção de bens ou de serviços e, o empresário é aquele que exerce essa atividade.

Esse conceito funcional exige para o exercício da empresa determinados instrumentos, consubstanciados no estabelecimento comercial, que é o complexo de bens organizados, materiais ou imateriais.

Toda essa estrutura tem o objetivo de atingir o mercado e, como consequência dessa atividade, surge o fenômeno concorrencial, que é hoje, sem dúvida, o grande tema dos estudos em Direito Empresarial.

A atividade concorrencial, entretanto, deve ser regulada a fim de se evitar a dominação dos mercados e o abuso de direito.

A idéia da função social acaba por ir além da propriedade, do contrato ou da empresa, tornando-se a função social de toda e qualquer relação da vida civil.

Se de um lado, a função social do contrato tem de conviver com a dinâmica dos mercados, de outro, teme a autora que a aplicação desse princípio no âmbito empresarial afetaria a liberdade de iniciativa econômica, na medida em que aumentaria os custos de transação.

De qualquer maneira, o regime jurídico da empresa está estritamente vinculado ao regime jurídico da propriedade dos bens de produção e, o regime jurídico da iniciativa econômica vinculado ao regime jurídico da empresa, sendo a propriedade dos bens de produção verdadeira propriedade em regime de empresa.

Anote-se que o atual sistema adotou posição intermediária, ou seja, se de um lado fugiu do individualismo contido na legislação de 1916, de outro também não encampou a “socialização dos contratos”, mas adotou um sistema de regras ou cláusulas abertas propícias a soluções equitativas e concretas.

Ainda, a garantia de efetiva concorrência (e não de mercado) é o valor central do direito concorrencial, de maneira que, cabe ao Estado garantir a existência de concorrência, através da regulação e, em última análise, atingir assim a função social desse instituto.

Em linhas gerais, pretendeu-se estudar a atividade empresarial que gera concorrência e a necessidade de sua regulação como forma do exercício da função social da empresa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFIAS

ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos Direitos dos Povos**, 4a. ed., São Paulo, Melhoramentos, 1964.

AMARAL Júnior, Alberto do. **Proteção do consumidor no contrato de compra e venda**, São Paulo, RT, 1993.

ASCARELLI, Túlio. **Curso de Diritto Commercialle – Introduzione e Teoria dell'Impresa**, 3ª. Ed., Milão, 1962, Giuffrè, tradução de Fábio Konder Comparato, in Revista de Direito Mercantil 103/87.

\_\_\_\_\_. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**, 2ª. Ed., São Paulo, Saraiva.

\_\_\_\_\_. **Iniciación al estudio del derecho mercantil**, Publicaciones Del Real, Bosch Casa Editorial, 1964.

\_\_\_\_\_. **Teoria de la concurrencia y de los bienes inmateriales**, Publicaciones Del Real, Bosch Casa Editorial, 1970.

ASQUINI, Alberto. **Perfis da Empresa**. Tradução de Fábio Konder Comparato. Revista de Direito Mercantil vol. 104, out-dez/1996.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**, São Paulo, Atlas, 2.002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Princípios do Novo Direito Contratual**, RT 750, abril 1998.

BARRETO Filho, Oscar. **Teoria do Estabelecimento Comercial**, 2ª. Ed., São Paulo, Saraiva, 1988.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**, 2ª. Ed., São Paulo, Saraiva, 2000.

BRAUDEL, Fernand. **Os Jogos das Trocas**, São Paulo, Martins Fontes, 1996.

BROSETA PONT, Manuel. **La Empresa, La Unificacion Del Derecho De Obligaciones Y El Derecho Mercantil**, Madrid, Editorial Tecnos S/A, 1965.

BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de Direito Empresarial**, 3ª. Ed., São Paulo, Atlas, 1997.

\_\_\_\_\_. **Concentração de empresas e direito antitruste**, 3ª. Ed., São Paulo, Atlas, 1997.

\_\_\_\_\_. **Sociedades comerciais, empresa e estabelecimento**, São Paulo, Atlas, 1985.

CARVALHO DE MENDONÇA, J.X. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**, Vol. I, 7ª. Ed., Freitas Bastos, 1963.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, Vol. I, São Paulo, Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. **Direito Antitruste Brasileiro – Comentários à Lei 8.884/1994**, São Paulo, Saraiva, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1970.

\_\_\_\_\_. **Direito Empresarial – Estudos e Pareceres**, São Paulo, Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. **Função social da propriedade dos bens de produção**, São Paulo, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro nº 63, 1986, p. 71-79.

\_\_\_\_\_. **O Poder de controle na sociedade anônima**, 4ª. Edição, Rio de Janeiro, Forense, 2005.

CORREA, Oscar Dias. **A crise da Constituição, a constituinte e o STF**, São Paulo, RT, 1986.

CRUZ, Aloysio Álvares. **Compendio de Direito Comercial**, São Paulo, RT, 1994.

DÍEZ-PICAZO, Luis. **Derecho y masificacion social – Tecnologia e Derecho Privado (Dos esbozos)**, Madrid, Editorial Civitas S/A, 1979.

DONNINI, Rogério Ferraz. **A Revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**, São Paulo, Saraiva, 1999.

DONNINI, Rogério Ferraz. **Temas atuais de direito civil na Constituição Federal**, São Paulo, RT, 2000.

DRUCKER, Peter. **Sociedade Pós-Capitalista**, 2ª ed., São Paulo, Pioneira, 1994.

DUGUIT, León. **Las transformaciones Del Derecho**, Buenos Ayres, Heliastas.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, São Paulo, Martins Fontes, 2003.

- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**, Rio de Janeiro, Renovar, 2000.
- FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**, Rio de Janeiro, Renovar, 1998.
- FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**, São Paulo, Saraiva, Vol. I e VI, 1960.
- FLÓREZ-VALDÉS, Joaquin y Arce. **Los principios generales del derecho y su formulacion constitucional**, Madrid, Civitas, 1990.
- FONSECA, José Júlio Borges da. **Direito antitruste e regime das concentrações empresariais**, São Paulo, Atlas, 1997.
- FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**, 2ª. Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.
- FRANCO, Vera Helena de Mello. **Manual de Direito Comercial**, 1ª. Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.
- GALGANO, Francesco. **Instituciones de la economia capitalista**, Barcelona, Editorial Ariel, 1990.
- \_\_\_\_\_. **Lex Mercatoria**. Tradução de Erasmo Valladão A. e N. França. RDM, Nova Série – Ano XLII – nº 129 – jan/mar-2003.
- GIBBON, Edward. **Declínio e Queda do Império Romano**, Ed. Abreviada, São Paulo, Companhia das Letras, 1989.
- GILMORE, Grant. **La morte del contratto**, Milano, Giuffre Editore, 1988.
- GOGLIANO, Deisy. **A função social do contrato (causa ou motivo)**, in Cadernos de Direito, Volume 4, n. 6, Unimep, Piracicaba, 2004.
- GOMES, Orlando. **Direito Econômico**, São Paulo, Saraiva, 1977.
- \_\_\_\_\_. **Contratos**, 12ª. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991.
- \_\_\_\_\_. **Direitos Reais**, Rio de Janeiro, Forense, 1991.
- \_\_\_\_\_. **Novos Temas de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Forense, 1983
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**, 5ª. Ed., São Paulo, Malheiros, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Um novo paradigma dos contratos?**, Revista da Faculdade de Direito – São Paulo, USP, vol. 96, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Elementos de Direito Econômico**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1981.

- HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**, 16<sup>a</sup>. Ed., Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1980.
- IRTI, Natalino. **Persona e mercato**, Rivista di diritto civile, anno XLI, n. 3.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agencias Reguladoras Independentes**, Ed. Dialética, 2002.
- WALD, Arnold. **A concorrência, o direito do desenvolvimento e o projeto de reforma de Lei 8.884/1994**, IN Direito Empresarial, Aspectos atuais de direito empresarial e comparado, São Paulo, Método, 2006.
- LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**, Vol. 3, 3<sup>a</sup>. Ed., São Paulo, RT, 2005.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. **A teoria do contrato e o novo código civil**, Nossa Livraria, 2003.
- MARCONDES, Sylvio. **Problemas de Direito Mercantil**, 2<sup>a</sup>. Tiragem, São Paulo, Max Limonad, 1970.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 3<sup>a</sup>. Edição, São Paulo, RT, 1999.
- MARTINS-COSTA, Judith. **O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro**, RT 753.
- MESSINEO, Francesco. **Doctrina general Del contrato**, p. 34.  
\_\_\_\_\_. **Manuale di diritto civile e commerciale**, vol. I, 9<sup>a</sup>. Ed., Milão, 1957.
- MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. **Contrato de adesão**, São Paulo, Atlas, 2002.
- NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2002.
- NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **Os Novos Paradigmas da Teoria Contratual**, in Problemas de Direito Civil-Constitucional, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2000.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica: O controle da concentração de empresa**, São Paulo, Malheiros, 2002.
- OLIVEIRA, Gerner e RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**, Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

- PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. I, 6ª. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1982.
- PIMENTA, Eduardo Goulart. **O Estabelecimento**, in Direito de Empresa no Novo Código Civil, Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**, São Paulo, Saraiva, 2001.
- REALE, Miguel. **O projeto do código civil: situação atual e seus problemas fundamentais**, São Paulo, Saraiva, 1986.
- \_\_\_\_\_. **História do Novo Código Civil**, São Paulo, RT, 2005.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, 14ª. Ed., São Paulo, Saraiva, 1984.
- \_\_\_\_\_. **A co-gestão: a função social da empresa e o Estado de direito**. Revista Forense, ano 74, v. 262.
- RIPERT, Georges. **Tratado Elemental de Derecho Comercial**, Tipografia Argentina, Buenos Ayres, 1954.
- RODRIGUEZ, Carlos Juan Zavala. **Derecho De La Empresa**, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1971.
- ROPPO, Enzo. **O contrato**, Livraria Almedina, 1988.
- ROTONDI, Mario. **Trattado di diritto dell'industria, Teoria generali dell'azienda**, Vol. I, 1935.
- SALOMÃO filho. Calixto. **Direito concorrencial – as condutas**, São Paulo, Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Direito concorrencial – as estruturas**, 2ª. Ed., São Paulo, Malheiros, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Função social do contrato: primeiras anotações**, RDM 132.
- \_\_\_\_\_. **O Novo direito societário**, São Paulo, Malheiros, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Regulação e concorrência – estudos e pareceres**, São Paulo, Malheiros, 2001.
- SANTACRUZ, Ruy. **Antitruste, eficácia, economia, curvas, triângulos e retângulos**, Revista do IBRAC, v. 9.
- SANTOS, Antonio Jeová. **Função Social, Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos**, São Paulo, Método, 2002.



- SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Cláusulas Abusivas no Código de Defesa do Consumidor**, São Paulo, Saraiva, 2003.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 10<sup>a</sup>. Edição, São Paulo, Malheiros, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Comentário Contextual à Constituição**, 2<sup>a</sup>. Edição, São Paulo, Malheiros, 2006.
- SOUZA, José Carlos Martins de. **Economia política: história dos fatos econômicos e conceitos fundamentais**, 2<sup>a</sup>. Ed., São Paulo, José Bushatsky, 1979.
- SZTAJN, Rachel. **Função social do contrato e direito e empresa**. Revista de Direito Mercantil/Fasc. v. 139. Malheiros, 2006.
- TARTUCE, Flavio. **A Função social dos contratos do código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil**, São Paulo, Editora Método, 2005.
- TEIZEN Jr, Augusto Geraldo. **A Função Social no Código Civil**, São Paulo, RT, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa**, in *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, Rio, Renovar, 2000.
- TIMM, Luciano Benetti. **Direito de Empresa e Contratos – estudos dos impactos do novo código civil**, São Paulo, Thomson-IOB, 2004.
- TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **A Função Social da Empresa**. RT/Fasc. Civ. Ano 92 v. 810 abril. 2003.
- VAZ, Isabel. **Direito Econômico das Propriedades**, Rio de Janeiro, Forense, 1993.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**, vol. I, São Paulo, Malheiros, 2004.
- WALD, Arnold. **O empresário, a empresa e o código civil**, in: FRANCIULLI NETTO, Domingos et al. (Coords.). *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale.*, São Paulo, LTr, 2003.
- WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**, 2<sup>a</sup>. Ed., Lisboa, Fundação Caloute Gulbenkian, 1967.