

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	8
CAPÍTULO I.....	13
A ORDEM ECONÔMICA TUTELADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL .....	13
1.1 O Modelo Econômico Capitalista e a Globalização. ....	13
1.2 Os Reflexos dos Pensamentos Econômicos nos Modelos de Regulamentação da Economia pelo Direito.....	26
1.3 O Modelo Econômico Previsto pela Constituição Federal.....	37
CAPÍTULO II.....	50
A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.....	50
2.1 A Eficácia Horizontal dos Direitos Humanos.....	52
2.2 A Função Social do Patrimônio - Propriedade e Empresa - Na Doutrina Jurídica .....	58
2.2.1 O Conceito de Empresário e de Pessoa Jurídica para o Direito .....	72
CAPÍTULO III.....	77
FORMAS DE MODULAÇÃO DE CONDUTAS NO DOMÍNIO ECONÔMICO.....	77
3.1 Atividades Econômicas Sujeitas à Regulação. ....	77
3.2 Modos de Regulação da Livre Iniciativa.....	87
3.2.1 O Modelo Sancionatório como Modo de Regulação de Condutas no Âmbito Econômico.....	92
3.2.2 A Sanção Premial como Forma de Limitação da Atividade Empresarial.....	103
CONCLUSÃO.....	118
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS. ....	121

A aranha realiza operações que lembram o tecelão, e as caixas suspensas que as abelhas constroem envergonham o trabalho de muitos arquitetos. Mas até mesmo o pior dos arquitetos difere, de início da mais hábil das abelhas, pelo fato de que, antes de fazer uma caixa de madeira, ele já a construiu mentalmente. No final do processo do trabalho, ele obtém um resultado que já existia em sua mente antes de ele começar a construção. O arquiteto não só modifica a forma que lhe foi dada pela natureza, dentro das restrições impostas por ela, como também realiza um plano que lhe é próprio, definindo os meios e o caráter da atividade aos quais ele deve subordinar sua vontade. (MARX, O capital).

Após o cupê aristocrático tirado pela brilhante parelha de cavalos do Cabo, vinha a trote curto o cabriolé da praça, puxado pelos dois burrinhos clássicos, os quais apesar do nome, davam nessa ocasião, a mais alta prova de sabedoria, mostrando que compreendiam toda a força do provérbio inventado por algum romano preguiçoso: *festina lente* (apressa-te lentamente). (JOSÉ DE ALENCAR, 1854)<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

Desde o primeiro ano do curso universitário, o estudante de Direito aprende que para o ser humano, os direitos e deveres derivam em razão de sua personalidade jurídica a qual, no ordenamento jurídico pátrio, surge com o nascimento com vida (apesar de já serem assegurados alguns direitos ao feto e a outros entes depersonalizados tais como a massa falida, o espólio, o condomínio, entre outros) e se extingue com a morte. Ou seja, o ser humano, por excelência, é o titular de direitos e a ele são impostas as sanções em razão do descumprimento das normas sociais, talvez, justamente, pela possibilidade de antever as consequências de seus atos, tal qual Marx ensina.

De fato, o direito, em sua essência é sancionador e ainda que se visualise a justiça como uma de suas finalidades, a própria deusa que a representa está armada com uma espada (desembainhada em algumas esculturas, e na bainha, em outras) mostrando para quem quiser ver que, para que a justiça seja alcançada, a força poderá ser o meio utilizado.

Tal noção de Direito, intrínseca, inclusive para aqueles que não estudaram essa ciência se reflete nos modelos jurídicos existentes, inclusive no

---

<sup>1</sup> Crônica publicada no correio mercantil em 14/09/1854 denominada *primeira corrida no Jóquei*. Disponível no livro *Boa Companhia: Crônicas / Organização, Introdução e notas Humberto Werneck* publicado pela Companhia das Letras (2005, p. 133)

modelo brasileiro, no qual leis que aplicam sanções graves são sempre produzidas como respostas ao apelo social de que somente com a força é que se modulam condutas.

Ocorre que, desde a Declaração Universal surgida após duas guerras mundiais, as sanções jurídicas encontraram um grande limite, qual seja, os Direitos Humanos que determinam que todos os seres humanos e mesmo aquele que comete atrocidades possuem direitos inerentes a sua pessoa que precisam ser respeitados e protegidos.

A partir daí passou-se a ter a noção de que mais do que personalidade, todo ser humano possui dignidade (que já havia sido teorizada por Kant, muito antes da Declaração da ONU) e essa dignidade deve se sobrepôr a tudo e a todos, de modo que, mesmo aquele que for condenado à pena mais grave de um ordenamento jurídico, tem o direito de cumpri-la de forma digna.

De fato, muito já se teorizou sobre Direitos Humanos e a importância do tema é tamanha que um trabalho em qualquer área do direito por ele perpassa. De qualquer forma, ainda quando se estudam Direitos Humanos, analisam-se, como o próprio nome diz, as proteções que o ser humano possui em face do Estado, o qual, por ser o ente soberano, detém em mãos a espada da deusa Themis capaz de modular condutas e impor sanções. Logo, permanece o caráter antropocêntrico do direito.

Porém, não só o ser humano é capaz de antever seus resultados. Além dele, há outra pessoa, esta sim, criada pelas ciências jurídicas, que é titular de direitos e deveres e capaz de tecer tão bem ou melhor que a aranha e de construir edifícios muito maiores do que aqueles construídos pela abelha. Trata-se da pessoa jurídica.

Este ente que ao longo do tempo foi se desenvolvendo nas sociedades é hoje a principal forma de atuação das empresas transnacionais cujo poder extrapola a soberania dos Estados em que foram criadas e seus atos definem as condições de vida de milhares de pessoas pelo mundo. Tal como a pessoa física, a empresa possui personalidade, a qual surge em um ato muito menos importante que o nascimento, pois, pelo menos no Brasil, surgem por meio de lei, com um registro em um Cartório ou em um órgão público de registro de empresas (Juntas Comerciais).

De fato, apesar de anteverem seus atos e serem por eles responsáveis, as empresas não possuem consciência e nem juízo de moralidade, os quais, no máximo, são exigidos de seus representantes.

Ocorre que, em uma grande corporação, com diversos diretores, inúmeros acionistas com interesses econômicos envolvidos, a consciência daqueles que “movem” a empresa está tão dissipada que dificilmente se consegue identificá-la. E aí é que mora o perigo, pois, justamente estas grandes corporações afetam diretamente a vida de quase todos os seres humanos do planeta que vivem sob um modo de produção econômico também criado pelo homem, denominado, sistema capitalista.

Em razão desse sistema que, atualmente, está em todos os lugares, é que as empresas ganharam um enorme poder em alguns casos, muito maiores do que o dos Estados Nacionais e sendo assim, nada mais natural do que exigir delas uma atuação mais comprometida com a implementação de direitos, principalmente, a dos Direitos Humanos.

É uma tendência natural: aquele que detém poder, detém mais responsabilidades. Foi o que ocorreu com os Estados Nacionais e tem que ser dessa forma com as empresas. E cabe ao Direito regulamentar essa responsabilidade, identificando-lhe na importância (fato) o seu valor e, a partir dele, normatizando segundo a diretriz maior de respeito e garantia da dignidade humana.

E isso já foi feito, inclusive no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que nele está positivado que a empresa não pode ser exercida sem que haja um comprometimento com os valores consagrados pelo nosso Estado, tais como a defesa da livre concorrência, proteção ao consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais e busca pelo pleno emprego.

Trata-se do que, doutrinariamente, se denomina função social da empresa, que retira o seu caráter individual e a convoca para cumprir, juntamente com o Estado, os fins e objetivos propostos e consagrados pela Constituição Federal.

Esse é o tema do presente trabalho, qual seja, a função social da empresa. E o problema a ser enfrentado é a compatibilização entre finalidade lucrativa e implementação deste instituto jurídico. Ou seja, como pode o Direito

exigir a participação das empresas na consecução de objetivos do Estado, se estas instituições possuem como finalidade intrínseca, a obtenção de lucros?

A partir deste objeto e desta problematização é que se define o objetivo do presente trabalho, qual seja, verificar o que vem a ser essa função social da empresa e como deve o Direito atuar para modular condutas, a fim de que possam cumprir com os deveres sociais que extrapolam o seu objeto social.

Por essa razão, o trabalho se inicia com um estudo dogmático e de caráter hipotético-dedutivo, sobre como o Direito e a Economia se relacionam e como o constituinte brasileiro determinou que se relacionassem. Este assunto forma a premissa necessária para a compreensão do instituto da função social que variará conforme a relação jurídica havida entre o Direito e o mercado econômico.

Posteriormente, o estudo focará o instituto da função social propriamente dito, novamente utilizando a doutrina e o método hipotético-dedutivo para analisá-lo sob as diversas posições existentes e como é tratado no ordenamento jurídico pátrio. Nesta ocasião, também será necessário estudar como a doutrina compreende as empresas, como os Direitos Humanos se concretizam entre os particulares e como a propriedade é concebida pela Constituição Federal, tendo em vista que todos estes temas refletem diretamente, na concepção e delimitação do instituto da função social da empresa.

Buscando uma necessária aproximação entre a doutrina e a realidade concreta, o trabalho passará a analisar formas pelas quais deve o Direito modular as condutas das empresas efetivando o princípio da função social.

Fugindo do modelo sancionatório tradicional em que a punição é utilizada como preceito secundário para determinar o cumprimento da norma primária que modula condutas, o trabalho analisará o modelo de fomento, também denominado de sanção positiva ou premial, como forma de modulação de condutas de empresas.

Nesta ocasião serão analisadas e comparadas leis que utilizam o modelo de sanção tradicional (sanção negativa) com leis que utilizam o modelo de fomento para modular condutas e concretizar a função social. Nesta última etapa, além do método dedutivo, será utilizado, com menor incidência, mas de modo bastante incisivo, o método empírico, para analisar números e resultados nas comparações acima citadas.



## CAPÍTULO I

### A ORDEM ECONÔMICA TUTELADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

De há muito tempo e principalmente na última década, questões econômicas passaram a fazer parte do cotidiano de noticiário dos jornais brasileiros e dos demais países ocidentais. Assim, temas como inflação, índice de empregos, queda de índices de bolsas, diariamente, ocupam espaços em jornais demonstrando a todos que as questões econômicas são de grande relevância para a sociedade.

A importância do tema muito se deve ao avanço do capitalismo que, atualmente, se mostra como o principal modelo (para não dizer que é o único) econômico vigente no globo. E, justamente por essa importância, é que a análise da economia não pode ficar restrita a um único ramo das ciências sociais, sendo imperiosa a necessidade de um estudo multidisciplinar sobre o assunto.

Dentre outras razões, cada vez mais os pesquisadores do Direito buscam inserir, em seus estudos, análises de como a economia e o Direito se relacionam, até porque, a supremacia do modelo econômico vigente demonstra o seu valor e, se há fato e valor, será preciso haver, também, uma normatização (REALE, 1996). Aliás, diferentemente da Economia, que busca um conhecimento empírico, o conhecimento jurídico é eminentemente valorativo (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 38), ou seja, o conhecimento jurídico é influenciado pelos valores da sociedade em que se insere. Logo, sendo a economia algo tão valoroso para a sociedade, obviamente que será objeto de normatização pelo Direito, razão pela qual há uma constante interligação entre as duas ciências.

#### 1.1 O Modelo Econômico Capitalista e a Globalização.

As teorias que estudam essa relação entre o Direito e a Economia vão trazer conclusões distintas, conforme a concepção ideológica e social do pesquisador, bem como do momento histórico em que a análise é realizada. Independentemente disso, porém, o que não se pode mais é estudar os institutos

de modo isolado, sendo necessária a pesquisa conjunta das duas ciências, em busca de uma compreensão melhor da realidade atual.

Neste contexto é que se inicia o presente capítulo cujo objetivo primordial é obter uma visão geral do cenário econômico do mundo ocidental, especificamente do Brasil, nesta segunda década do século XXI.

Assim, a primeira questão a ser tratada diz respeito ao modelo econômico vigente que é baseado no sistema de produção e de trocas com intuito de acumulação de capital (lucro), denominado de modelo capitalista, que foi aquele em que mais se otimizou a relação de trocas que sempre existiu na sociedade. Nesse sentido, o capitalismo

desenvolveu de forma mais avançada a relação mercantil, fazendo dela uma de suas relações constitutivas - ao lado da relação de assalariamento (a forma especificamente capitalista de exploração do trabalho e produção do excedente) e da relação de posse econômica (o controle dos meios de produção) - desse modo de produção (Lipietz, 1983). A instituição dessas três relações deu-se em um processo histórico admiravelmente descrito por Polanyi (1957), através do qual foram apropriados pelo capital o trabalho, a terra e o dinheiro, para serem convertidos em mercadoria e assim sujeitos à sua lógica. Da apropriação do dinheiro se constituiu a relação mercantil; é pela conversão do trabalho em mercadoria que o assalariamento se instituiu; e a mercantilização do recurso natural da terra tornou possível sua posse pela burguesia capitalista. (FARIA, 1999, p. 16)

Do conceito acima, se conclui que capitalismo e mercado não se confundem. O mercado, "tal como o conhecemos hoje é resultado de um longo processo histórico de evolução da instituição social da troca." (FARIA, 1999, p. 16), cujas origens se remetem há "pelo menos dois milênios antes na civilização europeia, mais precisamente, no século VI a. C., quando as cidades jônicas gregas inventaram a moeda emitida pelo Estado." (FARIA, 1999, p. 16) e o capitalismo, por sua vez, foi o modelo que melhor desenvolveu esse sistema, sob a premissa de que era necessário acumular. Não por outra razão, Marx, em seu livro "O Capital"<sup>2</sup>, o sintetiza na expressão: "acumulai, acumulai, assim mandam Moisés e os profetas!".

Porém, mais do que acumulação, o desenvolvimento do sistema capitalista pressupôs um modo de produção racional que possibilitou a aquisição de lucros nas operações de trocas, bem como a criação de um ordenamento

---

<sup>2</sup> Texto integral disponibilizado em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ma000086.pdf>, consultado em 18/10/2012;



jurídico adequado que garantisse a liberdade e a propriedade. De fato, toda a economia capitalista gira em torno dos conceitos de propriedade privada e da livre iniciativa determinados e protegidos pelo Direito, sem os quais não se pode falar em trocas e em lucro.

E os conceitos de propriedade e livre iniciativa foram sendo desenvolvidos juntamente com o sistema econômico, tendo em vista que, antes da revolução burguesa, estavam atrelados a conceitos religiosos vigentes na época.

Com relação à propriedade, Fábio Konder Comparato (1997, p 92) ensina que, em Roma ou nas cidades gregas da Antiguidade, “a ideia de propriedade estava intimamente ligada à religião, à adoração do deus-lar, que tomava posse de um solo e não podia ser, desde então, desalojado”. Assim, tal como a família e a religião, a propriedade privada era uma construção social que não podia ser alterada por quem quer que fosse.

Já o intuito lucrativo, apesar de sempre ter existido, conforme ensina Marx Weber (2001), sofreu fortes repressões na Idade Média ocidental, época em que prevalecia a condenação católica à usura, o que dificultou bastante o desenvolvimento da livre iniciativa.

Por esta razão, para que o mercado de trocas se desenvolvesse, tal como ocorreu, foi necessária uma reformulação dos conceitos de lucro e de propriedade que precisavam, de uma vez por todas, estar desvinculados de conceitos religiosos. Assim, a organização capitalista racional se desenvolveu, inicialmente, com a reforma protestante e se solidificou com a revolução burguesa, ambos considerados movimentos sociais importantes na readequação dos conceitos de propriedade e de livre iniciativa como forma de aquisição de capital (WEBER, 2001).

Entretanto o mercado de trocas somente adquiriu proporções globais a partir da revolução industrial. Não por outra razão, Celso Furtado (2002) afirma que as ideias sobre desenvolvimento econômico surgiram a partir do século XVIII, juntamente com a evolução ocorrida no campo das ciências naturais, em um ambiente positivista de busca pelo progresso.

Nestes termos, a data de 1712 é paradigmática por ser o ano em que Thomas Newcomen aperfeiçoou a máquina a vapor e permitiu a extração de carvão de uma maneira muito mais eficiente, disseminando, assim, o termo produtividade (MOTOYAMA, 1995).

Neste sistema, a produtividade do trabalho passa a ser o objetivo geral, a fim de aumentar e otimizar o lucro. Este instituto, por sua vez, pode ser analisado sob dois aspectos: o primeiro relativo ao valor adicionado pela mão-de-obra na produção e o segundo, pelo valor adicionado pelas horas trabalhadas na produção (JUNIOR e FERREIRA, 1999). Em ambas, a ideia é a mesma, qual seja, produzir mais no menor tempo e com o mínimo de mão-de-obra, tornando o trabalho o mais rentável possível.

Henry Ford, no início do século XX, aperfeiçoou este conceito de produtividade, por meio da produção em série. A partir daí, o mercado se desenvolveu de forma exponencial e, apoiando-se no desenvolvimento da tecnologia da informação, ganhou proporções globais.

A importância do conceito desenvolvido por Henry Ford é tamanha que

economistas políticos referem-se algumas vezes à estrutura básica da regulamentação do capitalismo econômico no período pós-Segunda Guerra Mundial como 'fordismo', um termo que designa um conjunto de relações sociais, econômicas e políticas organizadas em torno da produção de bens de consumo duráveis em larga escala, como principado por Henry Ford (FARIA, 1998, p.44)

Esse modelo de organização criou uma nova classe social, qual seja, a dos operários que compunham a mão-de-obra necessária para a criação dos bens e serviços utilizados na troca, e que, ao mesmo tempo, os consumia, formando, assim, um grande mercado absorvedor do fluxo de produção. Celso Furtado (2007, p. 21) mostra que “os grupos sociais que comandaram o fantástico processo de acumulação de riqueza conformaram o modelo de organização societária, mas dentro dos limites ditados pelas classes assalariadas”, as quais cresceram e formaram um grande mercado absorvedor do fluxo de produção.

A conclusão acima é bastante peculiar, pois, segundo o economista, a luta por direitos trabalhistas ocorrida nos últimos dois séculos foi, em última instância, benéfica para a economia capitalista, tendo em vista que a formação de uma classe de operários gerou um grande mercado consumidor. Porém houve, também, a necessidade de conformação do modelo jurídico empresarial adotado a fim de que o sucesso econômico fosse alcançado. Ou seja, as empresas que

melhor se adequaram às regras jurídicas vigentes, tiveram um maior sucesso econômico.

Em suma, o capitalismo exige eficiência e racionalidade formal, sendo que esta última é garantida pelo Direito. Sob esse aspecto, Celso Furtado verifica em três ângulos diferentes, a aplicação do modelo racional capitalista nas estruturas sociais. Segundo o economista,

Em primeiro lugar, estão a introdução e a difusão de novos processos produtivos, que aumentam a eficiência do trabalho humano ou criam produtos que alargam a gama das necessidades da população consumidora. Contudo, o novo capital só frutificará se encontrar escoadouro sob a forma de demanda solvível.

O segundo ângulo de observação se refere às transformações sociais criadas pelas novas formas de organização de produção. Esta, organizada em fábricas, acelera a urbanização e o regime salarial. E, com este implantam-se novas condições de vida da massa trabalhadora, combinando melhorias reais e instabilidades. Produz-se então essa mutação qualitativa das estruturas sociais que é a emergência de organizações de trabalhadores na forma de sindicatos. Assim, o exercício do poder passa a ser objeto de disputa entre diferentes forças sociais.

O terceiro ângulo de observação nos descobre a crescente complexidade das formas de convívio social engendradas pela tomada de consciência da especificidade de interesses de grupos sociais. É nesse quadro de conflito que emerge o Estado nacional moderno, fruto da evolução das formas de poder de raiz patrimonialista. O traço mais característico da sociedade moderna é a capacidade do Estado de administrar conflitos e produzir consensos em torno de interesses aparentemente inconciliáveis. (FURTADO, 2002, p. 46 e 47)

Percebe-se que, para Celso Furtado, foi o capitalismo que possibilitou o desenvolvimento urbano, criou uma forte classe de trabalhadores e, em razão dos conflitos sociais advindos dessa nova conformação social, fez emergir os Estados Nacionais modernos, os quais os juristas conceituaram como Estados Sociais, que surgiram no início do século XX, a partir dos modelos advindos da Constituição Mexicana de Querétaro de 1917 e da Constituição Alemã de Weimar, de 1919. No Brasil, a Constituição de 1934, influenciada pela Alemã, pode ser vista como o primeiro modelo constitucional pátrio com essa formação.

Na mesma linha da Constituição de 1934, a atual Constituição da República de 1988 positivou diversos princípios determinando a intervenção do Estado na Economia. Este é o teor do artigo 170 da Constituição que reconhece o Brasil como um país capitalista, garantindo o direito à propriedade privada e à

livre iniciativa, porém, determinando que tais direitos somente serão garantidos se houver respeito à soberania, à livre concorrência, ao meio ambiente, aos consumidores e se garantirem a busca do pleno emprego e não acentuarem as desigualdades sociais.

Percebe-se que no Estado brasileiro, o Poder Constituinte impôs a atuação direta do Estado na economia a fim de que a pessoa seja protegida em detrimento do capital. Em outras palavras, a livre iniciativa e a propriedade privada somente terão proteção de nosso ordenamento se forem utilizadas com respeito à dignidade humana.

Eros Grau (2010), porém, ressalta que não se trata de intervenção do Estado na economia, destacando que a concepção de que o Estado precisa intervir no mercado, parte do falso pressuposto de que essas instituições são estanques, quando na verdade não o são. Para o autor, o mercado, assim como a família, a sociedade civil e o próprio Estado “são manifestações de uma mesma realidade, a realidade do homem associando-se a outros homens.” (GRAU, 2010, p. 33).

Dessa forma, o mercado é visto como uma “instituição jurídica constituída pelo direito positivo, o direito posto pelo Estado moderno”. No mesmo sentido, Avelãs Nunes (2011, p.3) afirma que “o mercado e o estado são ambas instituições sociais (instituições políticas, neste sentido), que não só coexistem como são interdependentes, construindo-se e reformando-se um ao outro no processo da sua interação.”

Essa também é a concepção que a sociologia possui sobre o mercado. Durkheim (MATTEI, p.128) reconheceu a sociedade moderna como uma sociedade de mercado, haja vista que a grande maioria das relações sociais se materializam por meio de contratos, sendo este instrumento a garantia de confiança que possibilita a troca mercantil.

Em decorrência da natureza contratual, para Durkheim as relações sociais prescindem de qualquer coesão social, não havendo na sociedade moderna consciência coletiva, mas tão-somente um vínculo contratual, originado, essencialmente da divisão de trabalho. Ou seja, com a divisão de trabalho, aumenta-se a necessidade de trocas, as quais se materializam por meio de contratos.

Dessa análise de mercado realizada pelo sociólogo francês, duas características saltam aos olhos, quais sejam, a ideia de que mercado e Estado são instituições sociais e a ideia de que o Direito, e não o mercado, que é o regulador da sociedade, na medida em que é o Direito que fundamenta os contratos. Weber (MATTEI, p.128), por sua vez, destacava que o mercado era resultado de duas formas de interação social: a troca e a competição. Logo, ao reconhecer a troca como algo inerente ao mercado, também reconhece a sua natureza jurídica, porém com um *plus*, isto é, a concepção de luta e, conseqüentemente, de poder que o domina. Em virtude dessa concepção de poder, passa-se a ter uma intervenção política dentro do Estado.

Em suma, o mercado pode ser entendido como uma manifestação social com natureza eminentemente jurídica e política. Assim, para se desenvolver o mercado, precisa de respaldo jurídico e político e, desde que haja um mercado de trocas formado por instituições privadas, tal como ocorreu a partir do capitalismo industrial, tem-se a necessidade de união entre o setor público e o setor privado para que haja desenvolvimento (do mercado). Essa união é reconhecida e destacada por Eros Grau que a equipara à união narrada por Goethe entre Fausto e Mefistófoles:

A busca do desenvolvimento, ademais impunha a formalização de uma aliança entre o setor privado – isto é, a burguesia – e o setor público, este a serviço daquele. A parceria (*Gemeinschaft*) é então selada, tal qual entrevista por Goethe, em síntese, entre poder público e o poder privado, ‘simbolizada - a expressão é de Marshall Berman – na união de Mefistófoles, o pirata e predador privado, que executa a maior parte do trabalho sujo, e Fausto, o administrador público que concebe e dirige o trabalho como um todo’. (GRAU, 2010, p. 26)

Essa metáfora, apesar de forte, ajuda na compreensão da relação existente entre mercado, Estado e Direito que, como já visto anteriormente, nada mais são do que emanções sociais decorrentes da necessidade que o homem possui de viver em comunidade. Além disso, Eros Grau (2010) destaca, na mesma linha de Durkheim e Weber, que a dependência do mercado ao Direito deriva da necessidade de segurança jurídica de que o primeiro necessita, pois a “calculabilidade” e a “confiança” na ordem jurídica são vitais para o desenvolvimento da economia.

Insisto, neste passo, em que o cálculo econômico e a 'racionalidade' reclamados para as economias de mercado, exigências vitais da maximização do lucro, são o produto de um processo histórico concreto, 'um método próprio e característico do modo de produção capitalista, como ensina o velho Marx. Não é por acaso que o Estado Moderno tenha surgido na Europa quase concomitantemente com o mercado capitalista e o cálculo econômico.

(...)

São clássicas as considerações de Weber: as exigências de calculabilidade e confiança no funcionamento da ordem jurídica e na administração constituem uma exigência vital para o capitalismo racional; o capitalismo industrial depende da possibilidade de previsões seguras – deve poder contar com estabilidade, segurança e objetividade no funcionamento da ordem jurídica e no caráter racional e, em princípio, previsível das leis e da administração. (GRAU, 2010, p. 29 e 30)

Apesar da origem comum, os valores que norteiam o mercado e o Direito não são os mesmos, principalmente, porque aquele, como já ressaltado, tem caráter global; já o Direito, ainda possui a soberania<sup>3</sup> e, conseqüentemente, o território estatal como grande instituto limitador de seus efeitos.

O Direito brasileiro, por exemplo, decorre de princípios e valores reconhecidos pela Constituição, a qual, por sua vez, reflete os interesses do titular do Poder Constituinte. Assim, quando atua no ordenamento, não pode o mercado ir de encontro a esses valores constitucionais, ainda que haja, por diversas vezes, conflito de interesses entre essas instituições. Parafraseando Rousseau<sup>4</sup>, é possível afirmar que o mercado é livre para atuar no ordenamento jurídico brasileiro, mas está cercado de amarras.

Ocorre que o meio de produção capitalista se tornou global e, por isso, atualmente, o mercado está na maioria dos países atuando de forma agressiva em busca de consumidores ávidos por produtos e serviços duráveis, não

---

<sup>3</sup> De fato, atualmente há uma tendência de se relativizar a soberania estatal como será tratado mais a frente neste trabalho. Porém, a soberania estatal ainda se mostra presente e determina quais são os direitos garantidos em um determinado território. Nesse sentido, é relevante o ensinamento de Eduardo Bittar (2008, p. 145/146) que afirma: “Os tradicionais paradigmas que serviram bem ao Estado de Direito do século XIX não se encaixam mais para formar a peça articulada de que necessita o Estado contemporâneo para a execução de políticas públicas efetivas. Assim, perdem significação (...) a intocabilidade da soberania, como forma de garantia da esfera de atuação com exclusividade dos poderes legislativos, jurisdicionais e executivos em bases territoriais fixas e determinadas na ordem internacional, quando se sabe que a interface da internacionalização dos mercados e da interdependência econômica tornam inevitável o processo de integração.”

<sup>4</sup> Rousseau inicia seu livro O contrato social (1996) afirmando que “O homem nasceu livre, e em toda parte se encontra sob ferros”.

duráveis, úteis e inúteis. Esta globalização que, segundo José Eduardo Faria<sup>5</sup>, “é um conceito relacionado às ideias de “compressão” de tempo e espaço, de comunicação em tempo real e dissolução de fronteiras geográficas, de multilateralismo político e de policentrismo decisório” permite que o mercado e a forma de circulação de produtos e serviços estejam em todos os lugares.

Logo, com a globalização, a economia de consumo de bens e serviços é muito semelhante na maioria dos países, de modo que as grandes empresas não precisam se esforçar muito para se adequarem às exigências de seus consumidores. Por outro lado, o mesmo não acontece com os ordenamentos jurídicos que, ao tutelarem pessoas, precisam levar em consideração diferenças étnicas, culturais, religiosas, econômicas, entre outras.

E os valores impostos pelo mercado nem sempre se coadunam com os valores garantidos pelo Estado, até porque, como já dito *alhures*, o mercado é global e o Direito decorre da soberania Estatal que é o “poder jurídico mais alto, significando que, dentro dos limites da jurisdição do Estado, este é que tem o poder de decisão em última instância” (DALLARI, 1998, p. 34).

Assim, sem regras únicas e globais, a regulação do mercado é realizada, basicamente, por normas jurídicas internas, que variam de acordo com as orientações jurídicas, sociais e políticas de cada Estado, expressas em suas Constituições e consagradas pela soberania.

E tal fato não poderia ser diferente, já que o mercado, apesar de global, é uma instituição social e como tal, se sujeita aos interesses desta. Nossa sociedade, por sua vez, atualmente está dividida em Estados com valores próprios consagrados pela soberania, logo, ao atuar em cada um desses Estados, deveria o mercado conformar-se com os direitos nele garantidos ou utilizar-se de sua força para modificá-los.

Entretanto, a economia global faz com que haja uma relativização da soberania. Esta é a conclusão de Ulrich Beck. Diz o autor:

Eis o diagnóstico: o capitalismo gera desemprego e não dependerá do trabalho. E assim cai por terra a histórica aliança entre economia de mercado, Estado do bem-estar social e democracia que legitimou e

---

<sup>5</sup> Texto preparado para o Congresso Jurídico Globalización, Riesgo y Medio Ambiente, disponível em [http://moodle.stoa.usp.br/file.php/491/8.1.\\_Faria\\_-\\_A\\_globalizacao\\_economica\\_e\\_sua\\_arquitetura\\_juridica.pdf](http://moodle.stoa.usp.br/file.php/491/8.1._Faria_-_A_globalizacao_economica_e_sua_arquitetura_juridica.pdf), consultado em 18/11/2012;

integrou, até o presente momento, o modelo ocidental e o projeto do Estado nacional para a modernidade. (1999, p.25).

Percebe-se que a relação havida entre mercado e Estado se modifica, sensivelmente, quando se está diante da globalização, pois, quanto mais as empresas se globalizam, mais escapam à regulamentação Estatal. Esta conclusão não é somente realizada pela sociologia de Beck, mas também pelos próprios economistas:

O processo atual de globalização a que assistimos desarticula a ação sincrônica dessas forças que garantiram no passado o dinamismo dos sistemas econômicos nacionais. Quanto mais as empresas se globalizam, quanto mais escapam da ação reguladora do Estado mais tendem a se apoiar nos mercados externos para crescer. (FURTADO, 2007, p. 29)

Celso Furtado, igualmente, destaca que o problema da globalização afeta as classes trabalhadoras que, no final século XIX, formaram uma forte classe social e conseguiram exigir do Estado políticas protecionistas.

Encontramos a explicação desse quadro histórico na emergência das novas forças sociais que nasceram simultâneas ao processo de urbanização gerado pela industrialização. A evolução do sistema do poder, consequência da ação dos trabalhadores organizados, acarretou a elevação dos salários reais e impôs aos governos políticas protecionistas para defender seus respectivos mercados internos. Dessa forma, a partir de então o modelo de crescimento foi a ampliação do mercado interno, as exportações só contribuindo de maneira subsidiária. (FURTADO, 2007, p. 28)

Percebe-se que a globalização exige que conceitos consagrados pelo constitucionalismo, tais como território, soberania e jurisdição sejam revistos, ou pelo menos conceituados sob uma nova perspectiva, qual seja, a da globalização. Não por outra razão, há um processo mundial de unificação de políticas, por meio da formação de blocos entre os países, nos quais se dilui o poder individual do país em troca de uma maior homogeneidade política e econômica.

Pela primeira vez, um grupo significativo de países soberanos e com perfil cultural próprio abdicam de prerrogativas nacionais para se integrar política e economicamente. No passado, a integração de populações fez-se pela dominação de um mais forte sobre muitos. O processo europeu está exigindo um exercício de imaginação política para conciliar o ressurgimento de valores locais e rivalidades culturais



com as exigências crescentes de um espaço econômico unificado de dimensões colossais. (FURTADO, 2007, p.31)

Obviamente tal processo não ocorre de forma mansa, pois a identidade nacional e os diversos conflitos culturais permanecem. Ulrich Beck, por sua vez, se mostra bastante pessimista perante a globalização, que segundo ele “enterra os fundamentos do Estado e da economia nacional.” Diz o autor, *in verbis*:

para onde quer que a retórica da globalização (da economia, dos mercados, da concorrência por postos de trabalho, da produção, de mercados e serviços, das finanças, da informação, do estilo de vida) aponte, em termos de conteúdo, tornam-se evidentes em todos os casos as consequências políticas postas em andamento pela globalização econômica: instituições sócio-industriais, para as quais o quadro político parecia completamente fechado, podem ser "quebradas" e expostas ao ataque político: as premissas do Estado de bem-estar social e do sistema de aposentadoria, da assistência social e da política comunitária, da política de infraestrutura, o poder organizado dos sindicatos, o sistema de negociação da autonomia salarial (que mantém sua independência em relação às empresas), assim como os gastos públicos, o sistema tributário e a 'justa cobrança' do imposto - tudo se derrete sob o novo sol desértico da globalização na (suposição da) configurabilidade política. (BECK, 1999, p. 13, 14)

Aliás, para Beck, toda essa dissolução dos conceitos de Estado ocorre sem qualquer deliberação política, tendo em vista que as transnacionais<sup>6</sup> exportam seus postos de trabalho, escolhendo os lugares com menores custos e menores tributos, além disso, estão preparadas para distribuir produtos e serviços em todos os pontos do mundo.

Esta característica permite que as transnacionais possam se confrontar com os Estados Nacionais, ameaçando deixá-los caso seu ordenamento impossibilite ou dificulte a lucratividade. Os dirigentes das empresas transnacionais, por sua vez, podem morar nos lugares mais belos e pagar os tributos mais baratos, tudo em decorrência do caráter transnacional das empresas.

---

<sup>6</sup> Para o presente trabalho, utiliza-se do conceito de empresa transnacional realizado pelas Nações Unidas em sua Conferência para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD, 2010), segundo a qual: *a Empresa Transnacional (ETN) é geralmente considerada como uma empresa que compreende as entidades em mais de um país que operam sob um sistema de tomada de decisão que permite políticas coerentes e de uma estratégia comum. As entidades são tão ligadas, por posse ou não, que uma ou mais delas podem ser capazes de exercer uma influência significativa sobre os outros e, em particular, partilhar conhecimentos, recursos e responsabilidades com os outros.* (Tradução livre) Texto original disponível em <http://unctad.org/en/Pages/DIAE/Transnational-Corporations-Statistics.aspx>. Consultado em 11/05/2013

Essa constatação de Ulrich Beck é bastante preocupante, pois, ainda que se reconheça que o ordenamento jurídico brasileiro determina a intervenção do Estado na Economia, esta regulação dificilmente será efetiva nas empresas transnacionais que se aproveitam da globalização para se utilizarem de mão-de-obra escrava e paraísos fiscais.

No mais, o cidadão que vive nessa globalização, possui uma relação com o Estado bastante peculiar, pois, na medida em que ganhou uma relativa liberdade com a consagração da democracia, esvaziou os espaços públicos e preferiu manter com o Estado uma relação superficial sem maiores intervenções, de modo que somente questionam o Estado se houver alguma interferência em seus interesses individuais.

Zygmunt Bauman, lembrando os conceitos de Tocqueville sintetiza estas características:

E assim há também outro obstáculo: como de Tocqueville há muito suspeitava, libertar as pessoas pode torná-las *indiferentes*. O indivíduo é o pior inimigo do cidadão sugeriu ele. O 'cidadão' é uma pessoa que tende a buscar seu próprio bem-estar através do bem-estar da cidade – enquanto o indivíduo tende a ser morno, cético ou prudente em relação à 'causa comum', 'ao bem comum' à 'boa sociedade' ou à 'sociedade justa'. Qual é o sentido de 'interesse comuns' senão permitir que cada indivíduo satisfaça seus próprios interesses? (...) As únicas duas coisas úteis que se espera e se deseja do 'poder público' são que ele observe os 'Direitos Humanos', isto é, que permita que cada um siga seu próprio caminho e permita que todos o façam 'em paz'. (2001, p.45)

Luis Roberto Barroso (2005, p. 1) também analisa a pós- modernidade como um momento histórico característico da quadra final do século XX, na qual o Estado se encontra “sob crítica cerrada, densamente identificado com a ideia de ineficiência, desperdício de recursos, morosidade, burocracia e corrupção”. Segundo o autor, no ocidente o conceito de Estado passou por outras duas fases antes de chegar a este modelo pós-moderno, a saber: a “pré-modernidade” que refletia um Estado liberal, de funções bem reduzidas e limitadas à garantia da segurança, justiça e serviços essenciais.

É o modelo de Estado do final do século XIX. A segunda fase, dita moderna, corresponde para o autor ao Estado Social (*welfare state*), iniciada na segunda década do século XX, ocasião em que o Estado ganha contornos de

desenvolvimento social e ideais retributivos, a fim de reduzir desigualdades, razão pela qual se desenvolvem os direitos sociais.

Barroso (2005, p.2) ressalta que o Brasil, apesar de sentir claramente os reflexos do período pós-moderno, chegou a esse período

sem ter conseguido ser nem liberal nem moderno. De fato, no período liberal, jamais nos livramos da onipresença do Estado. A sociedade brasileira, historicamente, sempre gravitou em torno do *oficialismo*. As bênçãos do poder estatal sempre formam – ressalvadas as exceções que confirmam a regra - a que se pretendesse implantar. Este é um traço marcante do caráter nacional, com raízes na colônia, e que atravessou o Império, exacerbou-se na República Velha e ainda foi além.

A *modernidade* teria começado com a Revolução de 30, institucionalizando-se com a Constituição de 1934- que abriu um título para a ordem econômica e social – e se pervertido no golpe do Estado Novo, de 1937, Reviveu, fugazmente, no período entre 1946-1964, mas sofreu o desfecho melancólico do golpe militar de 1964. Findo o ciclo ditatorial, que teve ainda como apêndice o período entre 1985-1990, chegou-se à pós-modernidade, que enfrentou, logo na origem, a crise existencial de ter nascido associada ao primeiro governo constitucionalmente deposto da história do país. *Grifo no original*

O Brasil não está alheio a esse complexo cenário e enfrenta todos os problemas da pós-modernidade, tendo que se posicionar perante a realidade econômica global, enquanto se consolida como uma democracia social. Sobre esse assunto, Paulo Bonavides (2004) afirma que “vivemos uma hora atravessada de muitas incertezas sociais”, pois a globalização econômica afronta valores e direitos duramente conquistados e consagrados pela Constituição Federal de 1988. O autor, porém, vê na globalização algo positivo se ela ganhar outra perspectiva, qual seja, se modificar o enfoque para a globalização dos direitos fundamentais.<sup>7</sup>

Realmente, se houver uma globalização (efetiva) de Direitos Humanos, as empresas transnacionais terão muito mais dificuldades para usufruírem de ordenamentos jurídicos mais fracos, porque, em todos os lugares, haverá respeito a direitos trabalhistas, previdenciários, ambientais. Antes dessa

---

<sup>7</sup> Como se sabe, diversos doutrinadores (e.g. *SILVEIRA e ROCASOLANO, 2010*) afirmam que os Direitos Fundamentais visto sob a ótica internacional são denominados de Direitos Humanos, entretanto, Paulo Bonavides não faz essa diferenciação em seu texto. A questão levantada pelo autor diz respeito à necessidade de efetivação de Direitos Humanos em escala mundial e não somente a sua previsão em textos de caráter internacional.

globalização, porém, é necessário garantir dentro do território brasileiro que os direitos fundamentais consagrados pelo constituinte de 1988 sejam garantidos.

Assim, ainda que se tenha o capitalismo como modelo econômico vigente no país, deve ele sujeitar-se aos preceitos constitucionais vigentes no ordenamento pátrio. Porém a forma pela qual o Estado se portará diante da economia, perpassa necessariamente pela concepção jurídica do tema e, ainda que a globalização seja uma realidade, a soberania da Constituição Federal também o é. De modo que o modelo de regulamentação da economia será definido constitucionalmente e a Constituição, por sua vez, deve refletir os reais interesses da sociedade brasileira, sob pena de ser considerada uma mera folha de papel (LASSALE)<sup>8</sup>.

## **1.2 Os Reflexos dos Pensamentos Econômicos nos Modelos de Regulamentação da Economia pelo Direito.**

Como visto, o modelo econômico capitalista se desenvolveu fundamentando-se em sistema racional e eficiente que com a globalização acabou por excluir qualquer outro sistema de produção. Porém, apesar de o mercado ser muito parecido em praticamente todos os lugares do planeta, o modelo jurídico não o é. E a forma pela qual o Direito se porta diante do mercado, varia de acordo com a concepção econômica que o Estado adota em seu ordenamento.

O Estado pode adotar um perfil liberal - de ausência de intervenção do Estado na economia; pode ter um aspecto mais radical - de completo domínio do Estado sob o sistema de trocas; bem como pode ter um perfil de regulamentação subsidiária da economia.

Assim, as diversas concepções de mercado desenvolvidas ao longo dos últimos três séculos vão ditar a forma pela qual Estado e Economia se inter-relacionam, sendo fundamental a sua compreensão para o bom entendimento do modelo existente no Brasil.

---

<sup>8</sup> Texto Disponível em <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao1.html>, Consultado em 15/05/2013.

Para o presente trabalho, serão analisadas três teorias que nortearam as ciências econômicas ocidentais, quais sejam: o pensamento de Adam Smith, o de Karl Marx e o de John Maynard Keynes, pois a partir da concepção destes doutrinadores, haverá repercussão nas escolas jurídicas que estudam o Direito Econômico.<sup>9</sup>

Tido como o idealizador da economia liberal, Adam Smith elaborou sua mais conhecida obra - Uma investigação sobre a natureza e a causa da riqueza das nações – em meio a um contexto social bastante interessante, em que a ciência política ganhava destaque com as ideias de Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu e outros que formaram o substrato necessário para o desenvolvimento de sua concepção econômica. Segundo Ângela Ganem (2000, p. 19 e 20),

Tendo como pré-condição o direito liberal, que garante o direito à vida, à liberdade e à propriedade (tomados de Hobbes e Locke), a ordem social estaria assentada no seu fundamento último: o indivíduo e suas paixões mobilizadoras. Estas paixões não estariam mais associadas ao desejo de poder e glória (Hobbes, Montesquieu), mas transmutadas na paixão de ganhar dinheiro, de acumular infinitamente, de comprar toda sorte de mercadorias, e sedimentariam o interesse privado da busca constante de melhorar sua própria condição (Hume).

Percebe-se que os conceitos racionais de propriedade e a paixão pelo dinheiro formaram as premissas necessárias à análise econômica de Smith e isso, somente foi possível após o fim do monopólio do Cristianismo pela Igreja Católica, ou seja, com a Reforma Protestante (WEBER, 2001) e com substrato nas ideias de outros pensadores que já haviam analisado a sociedade e as paixões que moviam os homens.

A inovação, porém surge na ideia de que a paz, expressada no interesse coletivo se traduziria no mecanismo de organização social liberal. Ou seja, ao invés de leis, bastava a mão invisível do mercado que ditaria o rumo da

---

<sup>9</sup> Direito Econômico, segundo Fábio Nusdeo (1995, p. 37) são “as normas de Direito Econômico, para a maioria dos autores, constituem, não propriamente um ramo independente da árvore jurídica, ao lado dos tradicionais Direito Administrativo, Comercial, Civil e todos os outros, mas mais, um conjunto de normas com vetorialidade especial, as quais se inserem de permeio a esses outros ramos, marcando-os com sua presença. Numa imagem feliz de Finzi, ele, o Direito Econômico, pode ser visualizado como um ‘taglio trasversale’, ou seja, um corte transversal a seccionar a árvore do Direito, porque essa árvore trai, em essência concepção puramente liberal do Estado. Com a evolução deste para o Estado de iniciativa dual, a segunda fonte de iniciativa lança o plano ou o corte transversal destinado a marcar a presença da iniciativa pública em cada ramo, até mesmo naqueles típicos de Direito Público, como já visto”

sociedade, pois a perseguição dos interesses individuais egoísticos resultaria sempre em harmonia (GANEM, 2000). Essa foi a visão de que os economistas liberais se utilizaram para afirmar que o Estado não deve intervir no mercado.

Entretanto, Avelãs Nunes (2007, p. 385) destaca que em 1776, ano da primeira edição do livro “a Riqueza das Nações”, “as vinte ou trinta unidades industriais mais importantes das Ilhas Britânicas utilizavam a força da água corrente como energia (roda hidráulica) e ocupavam 300 a 400 operários”, ou seja, a obra de Smith antecede a Revolução Industrial que elevaria o mercado a níveis até então, inimagináveis à época. Daí a conclusão do autor português que afirma:

Como a maior parte dos seus contemporâneos, Adam Smith não terá tido plena consciência do que se passava à sua volta. Mark Blaug põe em relevo que ‘não há nada de facto, no livro [A riqueza das nações] que permita pensar que Adam Smith estava consciente de viver numa época de transformação económica radical.

No mesmo sentido, Emma Rothschild (*apud* GONÇALVES, 2009) demonstra que os muitos dos defensores do livre mercado se tornaram bem mais liberais que o próprio Smith, pois transformaram, indevidamente, a expressão “mão invisível”, utilizada uma única vez em sua obra, em “*free marketters*” (livre mercado). Porém, analisado o contexto em que foi escrita, a expressão tem outro sentido. Vejamos o que Adam Smith escreveu:

Como todo indivíduo procura, tanto quanto pode, empregar seu capital para apoiar a indústria doméstica e, assim, dirigir essa indústria para que sua produção seja do máximo valor, todo indivíduo necessariamente trabalha para tornar ordenamento anual da sociedade o maior que puder. De fato, em geral, ele não pretende promover o interesse público nem sabe o quanto o está promovendo. Preferindo apoiar a indústria doméstica, e não a estrangeira, ele procura apenas sua segurança; e dirigindo aquela indústria de tal maneira que sua produção seja do maior valor, procura apenas seu próprio ganho, e neste, como em muitos outros casos, é só levado por uma mão invisível a promover um fim que não era parte de sua intenção. (SMITH, 2007, 181)

Percebe-se que, segundo o autor, os interesses individuais podem coincidir com os interesses sociais dentro do mercado. Entretanto isso não significa que deve o Estado abster-se de intervir nessas relações, nem significa a pura objetivação das relações econômicas. Até porque, a análise de outra obra

de Smith - *Teoria dos sentimentos morais* – demonstra que o autor era um filósofo que discutiu com profundidade a questão moral do ser humano, logo, ainda que se entenda uma ruptura em sua obra, é imperioso concluir que, para Adam Smith, “mão invisível” não é sinônimo de mercado desregulamentado pelo Direito.

Amartya Sen (2005, p.44) chega a essa mesma conclusão de que os liberais se apropriaram apenas parcialmente das teses de Adam Smith, segundo o autor, “o apoio que os crentes e defensores do comportamento autointeressado buscaram em Adam Smith é uma verdade difícil de encontrar quando se faz uma leitura mais ampla e menos tendenciosa da obra smithiana”.

Apesar de tudo isso, o pensamento do economista Escocês fundamenta a doutrina liberal econômica e gera reflexos no pensamento jurídico, em especial, nos Estados Unidos da América do Norte, onde surgiram a análise econômica do Direito (*law and economics*), teoria que objetivou introduzir conceitos de eficiência econômica ao Direito, tornando-o menos subjetivo.

Segundo esta doutrina, as leis e as decisões judiciais passariam a ter como premissas critérios econômicos, buscando uma maximização de riquezas. Porém os reflexos jurídicos e os conceitos derivados desse pensamento serão objeto de item específico, tendo em vista a relevância dos fundamentos para o presente trabalho.

Por ora, o enfoque deve ser econômico e, para contrastar os ideias liberais, cuja origem é creditada a Adam Smith, surge a teoria econômica de Karl Marx. Em seu livro *O Capital*<sup>10</sup>, Marx inicia afirmando que a riqueza da sociedade capitalista apresenta-se como uma enorme acumulação de mercadorias e, a partir daí, realiza sua análise a respeito do valor de uso, o valor de troca e o valor propriamente dito da mercadoria. De fato, o conceito de mercadoria é algo central para a compreensão do modo de produção capitalista, pois, para o autor, a riqueza surge por meio da acumulação de mercadorias.

Já o Estado, segundo a visão Marxista, seria um legitimador e um garantidor da permanência do meio de produção de trocas de mercadorias, sendo muitas vezes utilizado como instrumento de dominação. Assim, o Estado não surge como

---

<sup>10</sup> Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ma000086.pdf>

uma imposição divina aos homens nem é o resultado de um pacto ou contrato social, mas é a maneira pela qual a classe dominante de uma época e de uma sociedade determinadas garante seus interesses e sua dominação sobre o todo social (CHAUÍ, 2001, p. 411).

Assim, para Marx, Estado e economia não se misturam e o primeiro, nada mais é do que uma forma de legitimação do segundo. E esta legitimação se dá por meio de uma norma posta, ainda que seja uma norma que determine a não intervenção do Estado na economia.

Ainda sob uma perspectiva marxista, Poulantzas (1977, p.42) afirma que o Estado seria então, apenas um fator de coesão dos diferentes níveis sociais, cabendo a ele estabelecer um equilíbrio, por meio da regulação, entre os níveis econômico, político e ideológico. Diz o autor:

O Estado possui a função particular de constituir o fator de coesão dos níveis de uma formação social. É precisamente o que o marxismo exprimiu, concebendo o Estado como fator da ordem, como *princípio de organização* de uma formação, não no sentido corrente dos níveis de uma unidade complexa, e como fator regulador do seu equilíbrio global enquanto sistema (POULANTZAS, 1977, p. 42)

Do que se viu até aqui, percebe-se que as teorias de Adam Smith e Karl Marx se contrapõem, ou melhor, fundamentam teorias que se contrapõem, tendo em vista que aqueles que defendem um mercado livre de intervenção Estatal se utilizam dos argumentos de Smith, enquanto aqueles que questionam o sistema de trocas capitalistas, buscam seus argumentos nas teses de Marx.

Porém, como afirma Marcos Peixoto Mello Gonçalves (2009. p. 123), se Adam Smith criou a tese econômica no século XVIII e Karl Marx apresentou a antítese no século XIX, John Maynard Keynes representa a síntese no século XX. Keynes defendeu a livre iniciativa e a propriedade privada, porém exigiu do Estado autoridade para garantir o desenvolvimento social, principalmente por meio do pleno emprego.

John Maynard Keynes buscou elementos capazes de enfrentar o pior problema social, que é o desemprego, a falta de trabalho para todos. Advoga, de um lado, a preservação da liberdade individual, da propriedade privada dos meios de produção e do mecanismo de mercado e, de outro lado, a atuação estatal para cuidar daquilo que só a autoridade social pode cuidar e que são as resultantes dos grandes fluxos econômicos, os chamados agregados, inventando, assim, a



Macroeconomia, Estudou os fluxos ou agregados relativos 'a poupança, ao investimento, ao consumo, à moeda e ao crédito, considerados os fundamentos da economia. (idem, p. 124).

Keynes teorizou que o Estado deve direcionar investimentos e deve ter um controle eficaz sobre a política fiscal, a fim de que o pleno emprego seja alcançado. Além disso, colocou suas teorias em prática, atuando, efetivamente, como conselheiro de vários governos da Inglaterra. Também participou de inúmeras conferências durante a Segunda Guerra Mundial e no pós-guerra, ajudou na criação e estruturação do Fundo Monetário Internacional e do Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (PINHO E VASCONCELLOS, 1998).

Estas três teses econômicas influenciaram e continuam influenciando todo o ordenamento jurídico global e conseqüentemente, sob suas premissas, desenvolveram-se teorias jurídicas a respeito da forma pela qual o Estado deve regulamentar a atividade econômica.

Sob os fundamentos da economia clássica de Adam Smith, surgiu, na década de trinta, um movimento jurídico originado na Universidade de Chicago (PIMENTA E LANA, 2010) que ficou conhecido como Análise Econômica do Direito (*law and economics movement*). Esta corrente jurídica preconizava a objetivação do Direito, nos mesmos moldes da racionalidade imposta à economia.

Arlindo Donário, estudando este movimento, realça o que vem a ser a racionalidade pretendida e identifica o ponto de encontro com a teoria de Adam Smith:

A racionalidade dos indivíduos supõe que, normalmente, quando existe conflito entre interesse geral e os interesses pessoais eles tendem a procurar satisfazer os seus próprios interesses sobrepondo-se aos interesses gerais. Já Adam Smith referia na Riqueza das Nações a célebre metáfora da 'mão invisível', que consubstancia o princípio da racionalidade (DONÁRIO, 2010, p.22)

Essa racionalidade individualista fará com que o indivíduo, diante de qualquer indecisão e após um juízo racional em que compara os ganhos e as perdas, opte pelo primeiro. Da mesma forma, pode-se analisar a prática de um ato ilícito,

Considerando-se os potenciais violadores da lei como racionais, na sua decisão de praticar ou não um acto ilegal, os indivíduos comparam os ganhos e os custos esperados de cometer ou não um acto ilegal, incluindo o risco da punição, a possibilidade do eventual estigma social bem como os custos psicológicos (custos morais). O acto ilegal só será praticado se os benefícios esperados mais que compensarem os custos totais esperados. (DONÁRIO, 2010, p. 22).

Para fundamentar essa busca pelo melhor custo benefício que supostamente é realizada de modo racional pelo ser humano, a economia se utiliza de uma teoria matemática denominada teoria dos jogos<sup>11</sup>. “De acordo com ela, a norma é vista apenas como um subsídio para que se trace o comportamento do indivíduo, pois ao saber as regras do jogo, decide qual a forma mais interessante de atuar, cumprindo ou não a lei. Percebe-se que segundo essa teoria, a lei que impõe sanção nada mais é do que um meio que induz comportamentos (PIMENTA e LANA, 2010)

O primeiro grande expoente dessa doutrina foi Ronald Coase, prêmio Nobel de economia e professor da Universidade de Chicago. O referido professor publicou dois artigos que influenciaram profundamente as Ciências econômicas e jurídicas: um artigo denominado *The Nature of the firm*, no qual o autor defende que as sociedades empresárias se justificam economicamente, pois, por meio delas, é possível realizar o máximo de operações dentro de uma mesma organização, evitando assim custos desnecessários com elaboração de cláusulas contratuais.

E o outro artigo, datado de outubro de 1960, denominado “O problema do custo social” - *The problem of Social Cost*, neste artigo é apresentado o teorema de Coase, cujo objetivo é evitar externalidades, tornando irrisório os custos das

---

<sup>11</sup> Pimenta e Lana (2010, p.105) demonstram o principal exemplo dado pela teoria dos jogos. “Um dos famosos exemplos de aplicabilidade da Teoria dos Jogos, se deu quando Albert W. Tucker, em 1950, produziu o artigo “A two-person dilemma”, conhecido em nosso dialeto como ‘O Dilema dos Prisioneiros’. Em suma, trata-se do exemplo no qual a polícia prende dois indivíduos que possuem ciência do crime cometido, porém faltam provas para que a polícia os mantenha presos, necessitando, assim de suas confissões. Na hipótese de não obter a confissão, ambos seriam condenados em crimes menores. Então, a polícia os coloca em salas separadas e propõe-lhes: ‘se confessar, e o outro suspeito não confessar, você ficará em paz e só o outro será condenado por um crime grave. Se os dois confessarem, os dois serão condenados pelo crime grave, mas com redução de pena.’ Obviamente, é interesse dos dois que ambos não confessem, pois, assim, serão condenados apenas em relação ao crime menor. Por outro lado, confessar é também uma boa estratégia, pois se o outro não confessar, ao se confessar evita-se a condenação mais grave. Se um confessar e o outro também confessar, a redução da pena será obtida. Interessante estratégia individualista dos prisioneiros, seria, certamente, acusar o outro, já que não se sabe como o outro atuará. Pode-se pensar ser mais proveitoso responder por tempo menor do que pelo crime mais grave, caso o outro lhe acuse.”

transações. Segundo esta teoria, as partes envolvidas, cientes dos efeitos negativos de suas transações, tentam internalizá-los corrigindo as externalidades. Para Coase, essa internalização depende de um ordenamento jurídico simples, acessível que facilite a negociação privada. (POSNER, 2009, p. 429)

PARREIRA e BENACCHIO (2012, p. 9) citam um exemplo dado por Coase de uma fábrica que gera poluição por uma de suas chaminés, causando transtornos para o condomínio vizinho. Se for mais econômico, mudar o condomínio, ao invés de reduzir a poluição, deve a fábrica pagar para que os condôminos se mudem.

Sob essa concepção desenvolve-se a análise econômica do Direito que afirma, por exemplo, que a criação jurídica do divórcio sem culpa não aumentou o número de divórcios; bem como afirma que deve o Estado desestimular práticas ilícitas, tornando alto o custo de uma prática ilícita. Ou seja, a criação de institutos jurídicos baseia-se em uma análise racional em busca de eficiência.

O vínculo do Direito com a Economia se aprofunda nas décadas de quarenta e cinquenta, ocasião em que questões econômicas, tais como concorrência, tributação e conflitos corporativos, começam a exigir especializações jurídicas, tais como o direito antitruste, o direito societário, além das diversas regulamentações dos serviços públicos.

Como os Estados Unidos foram os pioneiros no estudo do desenvolvimento econômico, foi natural que a referida teoria ganhasse força naquele país e de lá se expandisse para outros lugares. Aliás, com o objetivo de divulgar o movimento, a Universidade de Chicago elaborou um periódico que é publicado até os dias atuais, quadrimestralmente, denominado *Jornal of Law and Economics*.

Porém são as décadas de sessenta e setenta em que o referido movimento atinge seu auge nos Estados Unidos. Com as teorizações de Richard Posner que em sua obra, “Para além do Direito” - *Overcoming law* – enfatiza a análise econômica do Direito, introduzindo conceitos de racionalidade e de eficiência econômica para tornar o Direito menos subjetivo. Para o autor, as leis e as decisões judiciais precisam ter como premissas critérios econômicos, sem subjetividade.

Ocorre que a análise econômica não é a solução, ou pelo menos, não pode ser a única solução, pois princípios e valores morais são partes intrínsecas do Direito que precisam ser inseridas para a sua aplicação ser mais justa. E Michael Sandel (2012) traz um ótimo exemplo ocorrido nos Estados Unidos, que comprova o perigo de uma visão jurídica puramente racional:

Trata-se de um automóvel ford que foi o compacto mais vendido na década de setenta, mas que possuía um defeito de fabricação que fazia com que o carro pegasse fogo ou mesmo explodisse em caso de colisão traseira. Apesar de ter havido diversos acidentes fatais e até vítimas mutiladas, a empresa fez uma análise puramente econômica e chegou à conclusão de que pagar as indenizações seria menos custoso do que realizar um *recall*.

Para calcular os benefícios obtidos com um tanque de gasolina mais seguro, a Ford estimou que em um ano 180 mortes e 180 queimaduras poderiam acontecer se nenhuma mudança fosse feita. Estipulou, então, um valor monetário para cada vida perdida e cada queimadura sofrida – 200 mil dólares por vida e 67 mil por queimadura. Acrescentou a esses valores a quantidade e o valor dos Pintos que seriam incendiados e calculou que o benefício final da melhoria de segurança seria de 49,5 milhões de dólares. Mas o custo de instalar um dispositivo de 11 dólares em 12,5 milhões de veículos seria de 137,5 milhões de dólares. Assim a companhia chegou à conclusão de que o custo de consertar o tanque não compensaria o benefício de um carro mais seguro. (SANDEL, 2012, p. 58)

Por outro lado, utilizando-se da mesma premissa acima, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça Nancy Andrighi conclui pela necessidade de aplicar uma sanção pecuniária mais alta do que o valor da indenização, a fim de desestimular o ilícito por parte da empresa.

Enraizada na Escola de Chicago e tendo como maiores expoentes os Professores de Economia e Juizes da Corte de Apelação do Sétimo Circuito Richard Posner e Robert Bork, a Escola da Análise Econômica do Direito parte do pressuposto de que a empresa jornalística atua como um agente de mercado: ao decidir se publica ou não uma matéria difamatória, a imprensa toma em conta, de um lado, os valores fixados pelos Tribunais a título de danos morais e, de outro, a expectativa de receita que o ato ilícito irá trazer. Tomando o exemplo adotado por Jerrery L. Harrison (in Law and Economics, University of Florida, 2000, p. 186-187), se a jurisprudência em casos semelhantes sinaliza que a condenação não passará de US\$ 90 e a expectativa de receita com a publicação da matéria difamatória alcança US\$ 100, o ato ilícito será praticado pelo veículo informativo, visto que deixará de lucrar US\$ 10 (100 - 90) se não publicar a reportagem. De forma a coibir esse comportamento socialmente indesejável, como anota a linha de precedentes oriundos da Suprema Corte dos Estados Unidos (cite-se, a respeito: New York Times Co., v. Sullivan, 376 U. S. 254, 1964), deve

o julgador, ao fixar o quantum devido a título de danos morais, tomar em consideração a receita auferida pela imprensa com o ilícito praticado, pois do contrário estará estimulando os que buscam maximizar seu lucro, em prejuízo de toda a sociedade. Na avaliação do dano moral provocado por ofensa veiculada na imprensa escrita, que se utiliza de determinadas matérias para impulsionar a sua venda, mostra-se razoável o patamar fixado na sentença monocrática e mantida pelo e. TJRJ, porque leva em consideração aspectos peculiares do meio de transmissão do texto depreciativo e o benefício pecuniário auferido pelo agressor, às custas de sua vítima” (STJ, REsp N° 355.392/RJ, RELATORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI, j. 26.03.2002, DJU 17.06.2002).

Percebe-se que a análise econômica parte do pressuposto de que o indivíduo será sempre racional objetivando sempre o resultado mais rentável, logo, é preciso que o Direito desestimule condutas ilícitas e, ao mesmo tempo seja eficiente para concretizar a sanção, caso esta se faça necessária. A tese acima parece tentadora e transmite a sensação de que a existência de um regime jurídico rígido e eficiente reduziria as ilicitudes.

Em suma, a análise econômica do Direito se mostra uma teoria válida e interessante, mas que precisa ser aplicada com parcimônia, principalmente, em áreas que geram restrições a direitos, principalmente, a direitos fundamentais, tais como a vida e a liberdade.

O curioso é que a principal antítese da teoria econômica do direito é feita dentro do mesmo país que a desenvolveu. Isso porque na faculdade de Harvard, Duncan Kennedy e Ronald Dworkin pregavam a necessidade de um Direito mais independente da economia, através da utilização do realismo jurídico.

Insta-nos mencionar que o Realismo Jurídico pregava que o Direito seria exatamente aquilo que é estabelecido pela Corte. Ou seja, importa mais o pragmatismo, em sua aplicação prática. Deste modo, a partir das práticas jurídicas, os adeptos do Realismo Jurídico aduziam que um caso específico poderia ser resolvido de várias formas, em consonância com o que o Tribunal fixasse, tendo em vista que a metafísica e/ou o formalismo, muito embora façam parte do estudo jurídico, não possuíam utilidade prática. (PIMENTA e LANA, 2010, p.92 e 93)

Aliás, ao referir-se a Posner, Ronald Dworkin afirma ser ele “o juiz preguiçoso que escreve um livro antes do café da manhã, decide vários casos antes do meio-dia, passa a tarde dando aulas na Faculdade de Direito de Chicago e faz cirurgia no cérebro depois do jantar” (DWORKIN, 2010. p. 74.)

Apesar da crítica pessoal acima transcrita, o fato é que Dworkin afirma que, durante o processo de aplicação do Direito, é necessária a utilização de outros princípios além da eficiência, sendo imperioso um julgamento moral, antes de um julgamento racional. Para Dworkin, a interpretação realizada pelos juristas, em especial pelo juiz, deve conter um juízo de valor em busca da justiça.

Uma interpretação plausível da prática jurídica também deve, de modo semelhante, passar por um teste de duas dimensões: deve ajustar-se a essa prática e demonstrar sua finalidade ou valor. (...) O Direito é um empreendimento político, cuja finalidade geral, se é que tem alguma, é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais ou individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas (essa caracterização é, ela própria, uma interpretação é claro, mas permissível agora por ser relativamente neutra). Assim, uma interpretação de qualquer ramo do direito, como o dos acidentes, deve demonstrar seu valor em termos políticos, demonstrando o melhor princípio ou política a que serve. (2000, p.239)

Percebe-se que, para o referido autor, mais do que racionalidade, é preciso concretização de justiça. Daí a necessidade de um questionamento moral para que a decisão seja proferida. Porém também é importante realçar que tanto Posner como Dworkin vivem sob um modelo jurídico no qual os precedentes judiciais possuem uma força normativa muito maior do que no Brasil. Por isso, é necessário verificar se as teses dos autores acima podem ser aplicadas no ordenamento jurídico brasileiro, no qual a lei ainda é o meio pelo qual o Estado modula condutas, nos termos do artigo 5º *caput* da Constituição Federal de 1988.

Para o momento, porém, basta a conclusão de que não é mais possível estudar aspectos jurídicos ou econômicos de modo isolado, pois ambos os ramos da ciência estão intrinsecamente ligados, sendo “um todo indiviso, uma espécie de verso e reverso da mesma moeda, sendo difícil até que ponto o Direito determina a Economia, ou, pelo contrário, esta influi sobre aquele” (NUSDEO, 2008, p. 30) e esta parece ser a principal “externalidade positiva” deixada pela Análise Econômica do Direito. Pois, ainda que se conclua que a racionalidade e a eficiência não podem ser as únicas premissas do Direito, sem dúvida, elas precisam ser analisadas, porém devem ser ponderadas, a fim de que outros princípios não sejam marginalizados ou mesmo esquecidos.

Externalidade, por sua vez, é um conceito econômico bastante disseminado que diz respeito aos efeitos não mensuráveis (positivos ou

negativos) que afetam sujeitos que não participam da relação jurídica. Nesse sentido, ensina Calixto Salomão Filho:

O conceito de externalidade é bem conhecido. Há externalidade sempre que determinada relação jurídica produz efeitos geralmente não mensuráveis a sujeitos que não participam daquela determinada relação jurídica. Exemplo típico é a poluição, externalidade (negativa) causada pela produção industrial, que não atinge os produtores ou consumidores diretos do produto fabricado (partes na relação econômica), mas sim os moradores de áreas próximas à indústria (terceiros). Na área social externalidades são benefícios ou malefícios causados pela relação jurídica a grupos sociais menos favorecidos ou à organização da sociedade como um todo. (2008, p. 33, 34)

Por esta razão, faz-se necessária a compreensão da Constituição Federal brasileira, a fim de verificar quais são os valores que ela resguarda e, a partir deles, verificar qual é o modelo de Estado Econômico projetado para o país.

### **1.3 O Modelo Econômico Previsto pela Constituição Federal.**

Como visto no item anterior, as teorias de fundamento liberais não permitem qualquer intervenção estatal na economia e a Análise Econômica do Direito, tese jurídica de viés liberal segue a mesma linha, determinando que a racionalidade e a eficiência das Ciências Econômicas devem ser também os grandes princípios das ciências jurídicas.

Contra o liberalismo econômico, Keynes (PINHO e VASCONCELLO, 1998) demonstrou que a intervenção estatal na economia não é uma característica exclusiva dos sistemas socialistas, pois, segundo ele, mesmo em sistemas nos quais a livre iniciativa e a propriedade privada são garantidas, se faz necessária a intervenção estatal, fundamentando assim, o modelo de Estados Sociais Democráticos.

No âmbito jurídico, Dworkin (2010) rebateu as teses de Análise Econômica, afirmando que mais importante do que ter um sistema jurídico racional, é ter um sistema moral, logo a moralidade deve ser a bússola de qualquer jurista, para que a justiça, fim principal do Direito, seja alcançada.

No Brasil, o Poder Constituinte de 1988 foi taxativo em afirmar que a moralidade deve ser uma premissa de todo ato praticado pela Administração

Pública (artigo 37). A Emenda Constitucional n. 1998, por sua vez, inseriu no mesmo artigo a eficiência, de modo que, a partir de então, ambos os princípios estão no mesmo patamar e devem nortear os atos públicos praticados no ordenamento jurídico brasileiro.

Cumprido ressaltar que os administrativistas diferenciam os conceitos de eficiência e eficácia, pois a primeira seria a capacidade de escolher os meios adequados e eficácia seria a consecução do objetivo final, ou seja, o alcance da finalidade proposta. Nesse sentido, ensina Irene Patrícia Nohara (2011, p. 207)

Um administrador eficiente é aquele que consegue produtos mais elevados (resultados, produtividade, desempenho) em relação aos insumos (mão-de-obra, material, dinheiro, máquinas e tempo). Trata-se de conceito distinto de eficácia, que é a capacidade de fazer as coisas certas, o que não exclui escolha de objetivos mais adequados e melhores meios para fazer ou os métodos certos para alcançá-las; mas, eficácia, diferentemente de eficiência, tem o foco mais direcionado para os resultados.

Além da eficácia e da eficiência, há também a necessidade de buscar a efetividade, que é a busca por efeitos positivos no ambiente em que foi praticado o ato. Nesse sentido, a UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a infância) conceitua os três institutos<sup>12</sup> (UNICEF, 1990):

*Eficiência* – termo originado das ciências econômicas que significa a menor relação de custo/benefício possível para o alcance dos objetivos estabelecidos no programa. *Eficácia*- medida do grau em que o programa atinge os seus objetivos e metas. *Efetividade* - indica se o projeto tem efeitos (positivos) no ambiente externo em que interveio.

Percebe-se que, ao inserir o princípio da eficiência, quis o Poder reformador inserir um modelo de análise econômica de custo/benefício para as práticas administrativas. Porém, esta análise não pode ter um critério puramente financeiro, haja vista que o custo/benefício deve ser avaliado considerando todos os valores envolvidos e não somente os gastos ou o retorno financeiro. “Portanto, a pergunta que deve estar pressuposta, quando se questiona a eficiência ou ineficiência de uma medida estatal é: eficiente relativamente a qual objetivo?” (NOHARA, 2011, p. 209).

---

<sup>12</sup> Estes conceitos estão no



Até porque, mais do que ser eficiente, é preciso atingir as metas, sendo, portanto, eficaz e mais do que isso, é preciso que o Estado aja de modo a trazer reflexos positivos em seu ambiente, de maneira que precisa dar efetividade aos seus atos. Tudo isso, reflete, na verdade, o conceito de sustentabilidade que o Estado deve possuir. Nohara (2011, p. 211) ensina que a partir da constatação de que os recursos naturais não supririam o modelo de produção industrial capitalista, surgiu o embrião de desenvolvimento sustentável no relatório Brundtland (1987).

Esse conceito de sustentabilidade agrega a noção de continuidade aos benefícios alcançados, mesmo após o término do projeto. Trata-se da perpetuação da efetividade, “é o adequado trade-off entre eficiência e equidade, ou seja, indispensável escolher e aplicar as grandes e as pequenas políticas econômicas sustentáveis” (FREITAS, 2011, p.56).

Diante disso, se conclui que a eficiência prevista na Constituição Federal precisa ser buscada sempre com a ponderação de outros princípios, tais como a eficácia, a efetividade e a sustentabilidade. Esta última, deriva da expressão “desenvolvimento sustentável” surgida em simpósio das Organizações Unidas, ocorrido em 1979 e conceituada em 1987 pela Comissão Mundial para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento que elaborou um documento denominado de Relatório Brundtland, no qual havia a definição de que “o desenvolvimento sustentável é aquele que atende as necessidades do presente sem comprometer as possibilidades de as gerações futuras atenderem suas próprias necessidades” (CMMAD, 1987) .

Juarez Freitas (2011, p. 40), por sua vez, elevou a sustentabilidade a princípio constitucional que independe de regulamentação legal e pode gerar responsabilização por falta de cumprimento. Diz o autor:

Princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos.

Logo, não haverá eficácia se não houver sustentabilidade, a qual vai muito além da racionalidade financeira. Consequentemente, o modelo previsto para atuação da Administração Pública determinado pelo Constituinte pátrio, se mostra bem mais próximo das teorias Keynesianas, afastando-se, portanto, da racionalidade pura prevista pelas teorias de Análise Econômica do Direito.

Percebe-se, então, que é evidente que a moralidade e a eficiência, vistas como uma relação de custo/benefício eficaz, efetiva e sustentável, devem ser princípios buscados pelas pessoas jurídicas de Direito Público. Entretanto tais princípios devem ser utilizados nas consecuições de objetivos privados ou nessas atividades deve prevalecer a busca, exclusiva, pelo lucro?

Para as pessoas físicas ou jurídicas privadas, há um rol de normas específicas no título da Constituição que trata da Ordem Econômica e Financeira. No primeiro capítulo deste título, há um rol bem amplo de princípios que precisam ser respeitados por todos aqueles que são proprietários ou desejam exercer a livre iniciativa, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, de Direito Público ou de Direito Privado.

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

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Estes princípios vão nortear toda a ordem econômica e financeira que compreende vinte e dois artigos que trazem não só normas de caráter

principiológico (artigos 170 a 181), mas também normas sobre política urbana (artigos 182 e 183), política agrícola, fundiária e reforma agrária (art.184 a 191), bem como trazem normas sobre o sistema financeiro nacional (artigo 192), sendo que este título pode ser considerado a Constituição Econômica do ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que estabelece como as principais questões mercadológicas e de propriedade imóvel devem ser tratadas dentro do Estado Nacional.

A doutrina jurídica conceitua o que vem a ser Constituição Econômica que segundo Rolf Petermann (*apud*. GONÇALVES, 2009, p. 143) é um “o conteúdo do conjunto das normas jurídicas que tenham como objeto jurídico (significação) a ordem econômica apreendida pela interpretação das normas jurídicas de cunho econômico dentro do contexto de todo o texto constitucional.”.

Percebe-se que não existe uma Constituição econômica distinta da Constituição política. Trata-se, na verdade, de um conceito formal de norma constitucional, ou seja, a Constituição Econômica nada mais é do que o conjunto de normas cuja função é estabelecer os princípios da Economia. Aliás, é importante destacar que a Constituição possui elementos socioideológicos que indicam o grau de comprometimento entre o Estado e os demais setores sociais (SILVA 2000, p. 765).

Não por outra razão, a judicialização da atividade econômica que, segundo Gonçalves (2009, p.145), surgiu com as primeiras Constituições Sociais, quais sejam, a Constituição Mexicana de Querétaro de 1917 e também esteve presente na Constituição de Weimar, de 1919. No Brasil, a Constituição de 1934 influenciada pela Alemã, foi a primeira a dimensionar juridicamente a atividade econômica. Entre os artigos 115 a 143 aquela Constituição regulava a ordem econômica e social, demonstrando uma clara tendência de intervenção para que valores maiores fossem alcançados. Dizia o artigo 115 daquela Constituição<sup>13</sup>:

Art 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

---

<sup>13</sup> Texto disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm), consultado em 06/05/2013.

Ressalta-se, porém, que em todas as Constituições brasileiras, inclusive na atual, a ordem econômica está fundamentada na propriedade privada e na livre iniciativa, ou seja, está fundamentada no modelo capitalista. Eros Grau analisando a Constituição de 1988 chega a três conclusões:

- a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema, o sistema capitalista;
- há um modelo econômico definido na ordem econômica na Constituição de 1988, modelo aberto, porém, desenhado na afirmação de pontos de proteção contra modificações extremas, que descrevo como modelo de bem estar;
- a ordem econômica na Constituição de 1988, sendo objeto de interpretação dinâmica, poderá ser adequada às mudanças da realidade social, prestando-se, ademais, a instrumentá-las. (GRAU, 2010, p. 314)

De fato, a Constituição da República de 1988 positivou diversos princípios determinando a intervenção do Estado na Economia. Este é o teor do artigo 170 da Constituição que reconhece o Brasil como um país capitalista, garantindo o direito à propriedade privada e à livre iniciativa, porém, determinando que tais direitos somente serão garantidos se houver respeito à soberania, à livre concorrência, ao meio ambiente, aos consumidores e se garantirem a busca do pleno emprego e não acentuarem as desigualdades sociais.

Luís Roberto Barroso (2002) afirma que os princípios previstos no referido artigo podem ser agrupados em dois grandes grupos, quais sejam, princípios de funcionamento que “estabelecem parâmetros de convivência básicos que os agentes da ordem econômica deverão observar” que, segundo ele, seriam a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor e a defesa do meio-ambiente; e os princípios-fins que “*descrevem realidades materiais que o constituinte deseja sejam alcançadas*”, que seriam a existência digna para todos; a redução das desigualdades sociais e regionais; a busca pelo pleno emprego; e a expansão das micro e pequenas empresas.

Essa divisão realizada é relevante, pois mostra como parte da doutrina define a competência do Estado em matéria econômica, uma vez que para aqueles que fazem essa classificação, os princípios-fim são de competência do Estado, cabendo ao particular o respeito aos princípios de funcionamento.

Assim, aqueles que quiserem usufruir da livre iniciativa terão deveres para com os seus empregados, para com os seus fornecedores, consumidores e, com o meio-ambiente.

O fato é que, no Estado brasileiro, o Poder Constituinte impôs a atuação do Estado na economia, a fim de que a pessoa seja protegida em detrimento do capital. Em outras palavras, a livre iniciativa e a propriedade privada somente terão proteção de nosso ordenamento, se forem utilizadas com respeito à dignidade humana. Isso, porém, não significa que o Estado pode transferir ao particular objetivos primários que a ele competem.

O que o Estado Não pode pretender, sob pena de subverter os papéis, é que a empresa privada, em lugar de buscar o lucro, oriente sua atividade para a consecução dos princípios-fins da ordem econômica como um todo, com sacrifício da livre-iniciativa. Isto seria dirigismo, uma opção por um modelo historicamente superado.

(...)

Ao Estado, e não à iniciativa privada, cabe desenvolver ou estimular práticas redistributivas ou assistencialistas. É do Poder Público a responsabilidade primária. Poderá desincumbir-se dela por iniciativa própria ou estimulando comportamentos da iniciativa privada que conduzam a esses resultados, oferecendo vantagens fiscais, financiamentos, melhores condições de exercício de determinadas atividades, dentre outras de fomento. (BARROSO, 2002, p.16)

Percebe-se que segundo o entendimento acima, no que tange a princípios-fim, o Estado pode, no máximo, incentivar condutas, sem contudo, transferir ao particular a consecução de suas atividade. Essa divisão porém, será melhor delineada no terceiro capítulo que tratará das formas de modulação de condutas no domínio econômico.

Por ora, destaca-se apenas que a Constituição de 1988 praticamente não se utilizou da expressão mercado no título que trata da Ordem Econômica e, as poucas vezes que se utiliza dessa expressão, a adjetiva (como por exemplo, utilizando-se de expressões como 'mercado de trabalho', 'mercado externo', 'mercado financeiro', etc).

Aliás, a única referência ao mercado, dentro do título da ordem econômica, está no artigo 219, inserido no Capítulo que trata de Ciência e Tecnologia e que afirma que "O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-

econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.”

Apesar de a localização não ser a mais adequada, referida norma tem um conteúdo socioideológico<sup>14</sup> bastante forte, tendo em vista que determina, claramente, um caráter intervencionista no mercado interno, bem como determina a sua subordinação ao desenvolvimento econômico e ao bem-estar da população.

De qualquer forma, a Constituição estatui o princípio da livre concorrência, sem escrever a palavra mercado. A Cultura, a Ideologia, a Política, a Economia e o Direito sabem, entretanto, que a positivação constitucional do princípio da livre iniciativa como fundamento da ordem econômica, associado ao princípio da livre concorrência (art.170, IV, CF) e ao da propriedade privada (art. 170, II, CF) significam a opção por um determinado e específico sistema de coordenação das decisões econômicas. É o sistema da ‘economia de mercado’ ou de ‘preços’. Contemporaneamente, fala-se também, em ‘economia social de mercado’, característica da economia descentralizada.

Este modelo de mercado se opõe à abordagem tradicional que se fundamentava em bens tangíveis como terra, capital, trabalho; a nova realidade, porém, se baseia em ativos intangíveis, tais como a produção de conhecimento e transformação de tecnologia.

O mercado passa a envolver ativos de conhecimento e informação, tornando-se um espaço informacional dominado por ativos intangíveis, requerendo reformas nos ‘modelos de política econômica, na legislação sobre os limites da propriedade privada e da regulação estatal’, uma vez que se caminha para uma sociedade de conhecimento e um mercado informacional.

O sistema de preços ou de mercado opõe-se, portanto, ao do planejamento estatal, ou de economia centralizada, como esquema alternativo de coordenação das decisões econômicas, sistema enterrado historicamente com a queda do muro de Berlim, em 1989. Pelo menos, o de planejamento econômico ditatorial vigente nos países comunistas (GONÇALVES, 2009, P. 152).

Essa alteração de paradigma exigiu também uma modificação por parte do Estado que precisou alterar o modelo de regulamentação da Economia e

---

<sup>14</sup> Segundo a classificação realizada por José Afonso da Silva (2005, p. 3).

quem forneceu fundamentos teóricos para isso foi justamente Keynes, por meio da teorização da macroeconomia, não por outra razão

“os preços mais importantes dependem de decisões políticas: a taxa de câmbio, o salário mínimo e as taxas de juros são preços políticos. O preço do petróleo também é político, depende da Opep, dos juros fixados pelo Federal Reserve” (SAYAD, João, *apud.* GONÇALVES, 2009, P. 153).

E, nesse aspecto, a Constituição de 1988 foi bastante rígida. O artigo 192, por exemplo, determina que o sistema financeiro nacional deve ser estruturado com a finalidade de promover o desenvolvimento equilibrado do país e servir aos interesses da coletividade, havendo regulamentação expressa em lei complementar a respeito da participação do capital estrangeiro nas instituições financeiras que atuam no país. Este artigo, em sua redação elaborada pelo Constituinte originário, era ainda mais rígido, pois possuía parágrafos, revogados pela Emenda Constitucional n. 40 de 2003, que estipulavam limites máximos para a taxa de juros.<sup>15</sup>

Da mesma forma, o Poder Constituinte manteve em poder da União o controle de diversos tributos, cujas alíquotas podem ser alteradas pelo chefe do Poder Executivo, a fim de que a economia e o próprio preço dos combustíveis pudessem ser regulamentados de forma rápida e eficaz.<sup>16</sup>

A Doutrina de Keynes também influenciou a inclusão da busca do pleno emprego como um dos princípios da ordem econômica (inciso VIII do artigo 170). A fim de garantir o pleno emprego para Keynes exige o manejo de taxas de juros, redução de tributos e realização de obras públicas. Todos esses meios foram previstos pela Constituição Federal de 1988

A ‘Teoria Geral’ de Keynes é a responsável pela consagração do princípio constitucional do inciso VII do artigo 170: busca do pleno emprego. O dever ser econômico do pleno emprego que a constituição consagra é fruto direto da Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda, obra consagrada ‘a demonstração de que o equilíbrio econômico pode se dar em qualquer nível de emprego. Contrariando os clássicos, Marshall e Pigou, Keynes mostra que pode haver equilíbrio econômico em situações de desemprego e subemprego.

---

<sup>15</sup> Em sua redação originária, previa o parágrafo 3º do artigo 192: As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

<sup>16</sup> Sobre o assunto, prevê o artigo 150, §1º, Constituição Federal.

Propõe, então, uma atuação do Estado na formação das expectativas de lucro, a fim de que os empresários invistam. Em primeiro lugar, pela diminuição dos impostos, desde que sem aumento da despesa orçamentária; e em terceiro, pela realização de obras públicas. São meios identificados por Keynes para a busca do pleno emprego, dever ser econômico que a Constituição de 1988 juridicizou. (GONÇALVES, 2009, P. 153).

Percebe-se a influência de Keynes para a Constituição Econômica brasileira que precisa estimular a atividade empresária e, portanto, deve proteger a propriedade privada e gerar esforços para que o lucro seja auferido por aqueles que se utilizem da livre iniciativa, pois o pleno emprego é um dos objetivos a serem alcançados por meio do exercício da atividade econômica. Por outro lado, esse lucro não pode ser alcançado a qualquer custo, por isso outros valores foram consagrados e precisam ser respeitados, tais como o meio-ambiente, a proteção ao consumidor e a função social da propriedade, a qual será aprofundada no próximo capítulo.

O importante, então, é concluir que o Constituinte de 1988 estabeleceu o Estado como agente normatizador da atividade econômica realizada no Brasil, logo, toda atividade econômica exercida sob o manto da soberania estatal deve respeitar os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil (previstos nos artigos 1º e 3º), bem como deve se sujeitar aos princípios específicos do artigo 170 acima transcritos.

Marcos Peixoto Mello Gonçalves (2009) utiliza a expressão “agente normalizador”, para se referir à atuação do Estado na Economia a qual, segundo o autor efetivar-se-á por meio das funções de fiscalizar, de incentivar e de planejar a atividade econômica. Porém, como a atuação Estatal se rege pelo princípio da legalidade estrita, estas ações de normalização devem, necessariamente, estar previstas em lei, o que permite a participação dos cidadãos nesse processo, tendo em vista que seus representantes é que delimitarão a participação do Estado na Economia.

Ocorre que toda essa previsão constitucional parte de um único pressuposto, qual seja, a soberania do Estado brasileiro sobre o seu território, de tal forma que todas as atividades aqui exercidas, devem se sujeitar às regras existentes no país. Porém, como vimos no item anterior, a globalização traz outra



perspectiva para o conceito de soberania, pois, a atuação de uma empresa transnacional escapa da jurisdição Estatal.

Além disso, apesar de a Constituição prever um Estado intervencionista, o que se viu na década de noventa foi um modelo neoliberal de redução da atuação estatal e a retomada da eficiência como o alvo a ser atingido (NOHARA, 2011). Daí a preocupação doutrinária de Paulo Bonavides:

Em meio a tudo isso, a essas considerações teóricas sobre direitos fundamentais, o Brasil está sendo, porém, impelido para a utopia criminosa deste fim de século: a globalização do neoliberalismo, extraída da globalização econômica. O neoliberalismo cria, em verdade, mais problemas do que os que intenta resolver. Sua filosofia do poder é negativa e se move, em certa maneira, rumo à dissolução do Estado nacional, portanto afrouxa e debilita os laços de soberania e, ao mesmo passo, doutrina uma falsa despolitização da sociedade. A globalização política neoliberal caminha sutil, sem nenhuma referência de valores. Mas nem por isso deixa de fazer perceptível um desígnio de perpetuidade do *statu quo* de dominação. Faz parte da estratégia mesma de formulação do futuro em proveito das hegemonias supranacionais já esboçadas no presente. (BONAVIDES, 2004)

O século XXI, da mesma forma, se iniciou com o Brasil despontando com uma das maiores economias do globo, porém com um baixíssimo índice de desenvolvimento, fator que preocupa e revela a desigualdade social do país. As mudanças de governo ocorridas após o fim da ditadura também não trouxeram a alteração que se esperava e a estratégia governamental adotada parece ser a de estímulo ao consumo em detrimento de investimentos em cidadania.

Não por outra razão, por diversas vezes, o governo reduz tributos de bens de consumo e estimula o crédito bancário, a fim de que a economia se mantenha aquecida sem qualquer preocupação com o meio ambiente ou com políticas públicas. Logo, é mais fácil estimular a compra de carros de passeios ao invés de investir em transporte público; é mais fácil disseminar o ensino e a medicina privada, independentemente da sua qualidade, ao invés de investir em educação e saúde públicas de qualidade.

Agindo assim, mantém realmente a economia aquecida (independentemente das externalidades negativas que isso gera) e agrada, sensivelmente, aos bancos, à indústria de automotores e a outros setores que

têm no Brasil, a maior margem de lucro, conforme ensina José Garcez Ghirardi<sup>17</sup> que contesta a afirmação de que o incentivo ao consumo fará com que o país se torne um “*país de classe média*”

Dizer “país de classe média” não significa dizer, portanto, sociedade justa ou funcional, nem tampouco primazia do interesse coletivo. No que tange aos pressupostos dessa premissa, não está dado que a expansão do consumo leve necessariamente à inclusão - a história recente dos Estados Unidos tem algo a nos ensinar nesse ponto. No que tange a questões mais diretamente econômicas - a pressão inflacionária, o crescente endividamento familiar, a fragilização estrutural do setor produtivo, apenas para citarmos alguns exemplos - não está dado que o modelo atual seja sustentável.

Além disso, e de modo mais grave, há uma diferença crucial entre estimular o consumo e referenciar a lógica do consumismo - diferença que o atual paradigma de gestão parece desconsiderar. No primeiro caso, a ampliação do poder aquisitivo é objetivo atrelado à consolidação e melhoria dos bens coletivos. No segundo, há um sucateamento desses mesmos bens e uma ampliação dos espaços privados e individuais de consumo. A recente opção do governo em relação à indústria automotiva ilustra bem as implicações que resultam de uma escolha pelo segundo modelo. A agressiva ação governamental para que cada um adquirisse seu carro - por meio da longa e repetida redução de IPI e pela expansão do crédito- tornou mais evidente, pelo contraste, a timidez das iniciativas para efetivamente melhorar e ampliar a qualidade do transporte público.

(...)

Para quem promove esta agenda, a deterioração das cidades, o aumento dos autos mais básicos do dia a dia e o ataque ao meio-ambiente são secundários ao apoio político passageiro e ao fetiche da propriedade individual, em um movimento que revela o quanto têm em comum os imediatismos gêmeos do populismo e do lucro.

Assim, rendendo-se ao modelo consumista e aos interesses do mercado transnacional tem-se que os preceitos estipulados na Constituição Federal de limites à livre iniciativa são transgredidos pelo próprio governo que confunde consumo e cidadania. Daí a necessidade de o povo, por meio de seus representantes, impor a noção de que a empresa, tal como a propriedade não pode ser vista como algo individual e o lucro não pode ser alcançado a qualquer custo.

Ao contrário, o que se tem atualmente no ordenamento constitucional é o preceito de que a livre iniciativa somente poderá ser exercida se cumprir a sua função social que, em uma primeira análise, pode ser entendida como o respeito aos direitos fundamentais consagrados pelo Estado Democrático Brasileiro.

---

<sup>17</sup> Artigo “Cidadania não é consumo” publicado no jornal Valor Econômico - Página: Capa/A14, data: 21/05/2013

Logo este instituto precisa vir à tona das pesquisas jurídicas, para que se possa estimular a atividade empresarial saudável e limitar aquela que viole preceitos do ordenamento pátrio. De modo que se estimule a globalização prevista por Paulo Bonavides (2004), qual seja, uma globalização política dos direitos fundamentais, a fim de universalizá-los institucionalmente.

Para tanto, é necessário mudar, definitivamente, a visão que se tem da atividade empresarial, convocando, por meio do Direito, as pessoas jurídicas de direito privado a tutelarem os direitos fundamentais.

## CAPÍTULO II

### A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Diante da constatação do modelo econômico consagrado pela Constituição Federal, que condiciona o exercício da livre iniciativa ao respeito aos demais princípios e objetivos estabelecidos na Constituição Federal, se conclui que a atividade privada também se subordina aos Direitos Humanos, sejam eles de caráter político e econômico, sejam os denominados Direitos Humanos Sociais. O fundamento para esta subordinação, por sua vez, está tanto na visão horizontal que, atualmente, se tem dos Direitos Humanos, como na função social que toda a empresa deve possuir.

A adjetivação que se dá para classifica-los como “Direitos Humanos” está longe de possuir requisitos fechados, pois conforme nos ensina Flávia Piovesan (2005, p. 44) os Direitos Humanos são reivindicações morais e como tal surgem quando devem e podem surgir.

Como realça Norberto Bobbio (1988), os Direitos Humanos não nascem todos de uma vez nem de uma vez por todas. Para Hannah Arendt (1979) os Direitos Humanos não são um dado, mas um construído, uma intervenção humana em constante processo de construção e reconstrução. Compõem um construído axiológico, fruto da nossa história, de nosso passado, de nosso presente, fundamentando em um espaço simbólico de luta e ação sócia. No dizer de Joaquim Herrera Flores, os Direitos Humanos compõem a nossa racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Realçam, sobretudo, a esperança de um horizonte moral, pautado pela gramática da inclusão, refletindo a plataforma emancipatória de nosso tempo. (PIOVESAN, 2005, p. 44).

A mesma autora também destaca que a Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948 fez com que surgisse uma concepção contemporânea de Direitos Humanos marcada pela universalidade e indivisibilidade. O caráter universal decorre da concepção de que basta ser pessoa para ser titular de tais Direitos, e indivisível pois tanto os Direitos Cívicos e Políticos como os Econômicos, Sociais e Culturais são necessários, impossibilitando um discurso excludente, razão pela qual “a Declaração de 1948 combina o discurso liberal e o discurso

social da cidadania, combinando o valor da liberdade ao valor da igualdade” (PIOVESAN, 2005, p. 44).

De fato, com a Declaração de 1948, a universalidade e a indivisibilidade passaram a ser os parâmetros básicos para a adjetivação do Direito como “Direito Humano”. Porém, Boaventura de Sousa Santos (1997) ressalta o cuidado que se deve ter com esse conceito jurídico tão abrangente, pois tal como é, o conceito de Direitos Humanos pode ser utilizado como forma de imposição de modelos ocidentais para o resto do mundo.

O conceito de Direitos Humanos assenta num bem conhecido conjunto de pressupostos, todos eles tipicamente ocidentais, designadamente: existe uma natureza humana universal que pode ser conhecida racionalmente; a natureza humana é essencialmente diferente e superior à restante realidade; o indivíduo possui uma dignidade absoluta e irredutível que tem de ser defendida da sociedade ou do Estado; a autonomia do indivíduo exige que a sociedade esteja organizada de forma não hierárquica, como soma de indivíduos livres (Panikkar 1984:30). Uma vez que todos estes pressupostos são claramente ocidentais e facilmente distinguíveis de outras concepções de dignidade humana em outras culturas, teremos de perguntar por que motivo a questão da universalidade dos Direitos Humanos se tornou tão acesamente debatida.

Assim, para não correr o risco de conceituar os Direitos Humanos de forma a impor a globalização ocidental como modelo a ser seguido, é que o presente trabalho partirá de um conceito que extrapola a dimensão jurídica tal como o fizeram Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches e Marcelo Benacchio (2012):

Direitos Humanos para a presente pesquisa extrapola à sua dimensão normativa, jurídica, uma vez que se considera os Direitos Humanos como:

conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional. (LUÑO, 1999, p. 43)

No mesmo sentido, e reforçando o aspecto extra-jurídico dos Direitos Humanos, David Sanchez Rubio concebe-os a partir de dois referenciais: como articulação de tramas e processos sociais, políticos, econômicos, culturais e jurídicos, de abertura e como a consolidação de espaços de luta por concepções particulares de dignidade humana.(2010, 122)

Este conceito é importante, pois por meio dele se percebe que não há um rol fechado e que sempre que houver a necessidade de se impor garantias ou limites para concretizar a dignidade humana, estar-se-á diante de uma espécie do gênero “Direitos Humanos”. Ou seja, “a dignidade humana parece ser o único conceito reconhecido de maneira universal e incontroversa como fundamento dos Direitos Humanos” (SILVEIRA E ROCASONALO, 2010, p. 104).

## **2.1 A Eficácia Horizontal dos Direitos Humanos.**

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, determinou que qualquer norma que defina Direito ou garantia fundamental<sup>18</sup> tem aplicação imediata<sup>19</sup>, de modo que cabe ao Estado deixar de intervir nos Direitos políticos e nas liberdades dos indivíduos, bem como, cabe a ele a promoção de Direitos sociais que exigem sua participação ativa.

A este efeito vinculante que obriga o Estado a garantir e promover os Direitos Humanos se dá o nome de eficácia vertical ou dimensão jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais (SANCHES E BENACCHIO, 2012).

Porém, se questiona se este mesmo efeito pode ser exigido dos particulares, a fim de que eles também respeitem e garantam a promoção dos Direitos Humanos, é o que se denomina de eficácia horizontal ou dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais. Sanches e Benacchio (2012) ensinam que há basicamente três correntes a respeito do assunto:

Uma primeira que negaria a eficácia horizontal, se apoiando no argumento histórico de que os Direitos fundamentais surgiram para proteger o cidadão de arbitrariedades cometidas pelo Estado; e outras duas correntes que reconhecem o efeito vinculante aos particulares, porém uma de forma indireta, denominada de eficácia mediata; e outra de forma direta, denominada de eficácia imediata.

---

<sup>18</sup> Para o presente trabalho, adota-se o entendimento de Oscar Vilhena VIEIRA (2001), que entre outros, diferencia Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, considerando os primeiros como aqueles normatizados em Tratados Internacionais e estes como sendo aqueles positivados nas respectivas Constituições.

<sup>19</sup> Gustavo Maia (2008, p. 109) ensina que a preocupação de dar eficácia imediata a direitos fundamentais surgiu, inicialmente, na Lei fundamental de Bonn, de 1949, promulgada após o fim regime totalitarista, e na qual houve uma preocupação em determinar a vinculação imediata da legislação, do poder executivo e da jurisdição aos direitos fundamentais.

Para a primeira corrente, que tem como seu principal expoente o publicista alemão Dürig, os Direitos Fundamentais somente poderiam ser aplicados nas relações entre os particulares após a recepção destes pelo direito privado, mediante um processo de aplicação, interpretação e integração do direito privado à luz dos Direitos Fundamentais. (SARLET, 2006)

Para a corrente que defende a eficácia imediata dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, representada por Nipperdey e Leisner, uma vez que os Direitos Fundamentais, estando positivados na Constituição, constituem-se em normas válidas para todo o ordenamento jurídico e 'não se pode aceitar que o privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da ordem constitucional.' (SARLET, 2006, p. 397)

Fábio Konder Comparato (1983) ressalta que a discussão a respeito do assunto é antiga e, desde o final da 1ª da primeira guerra já ocorria na Alemanha e nos Estados Unidos, concluindo que após diversos precedentes judiciais criados durante a década de setenta, já se consolidou o entendimento de que as pessoas jurídicas de direito privado são responsáveis pelo respeito aos Direitos Humanos.

O debate a respeito já é antigo, mesmo nos países ocidentais de formação capitalista. São do final da 1ª Guerra Mundial, as reflexões de Walther Rathenau, na Alemanha, sobre a substituição do conteúdo de invólucro societário nas grandes empresas, transformadas em entidades que perseguem fins próprios superiores à simples lucratividade. À mesma época, nos EUA, Henry Ford litigava nos tribunais contra os irmãos Dodge, sustentando simplesmente que o objetivo de sua indústria era fabricar automóveis e não distribuir dividendos. Ainda nos EUA, em 1932, um Professor da Universidade de Harvard argumentava que a sociedade anônima, enquanto instituição econômica, exerce uma função de serviço social, a par da normal atividade de produzir lucros.

Hoje, já não se discute nos EUA, após vários precedentes jurisprudenciais originados na Guerra do Vietnã e da instalação de indústrias na África do Sul, que as sociedades mercantis, enquanto pessoas jurídicas, são tão responsáveis quanto o Estado pelo respeito aos direitos individuais; e que por conseguinte, não é justificável a fabricação de *napalm* ou a aceitação de leis estrangeiras de discriminação racial no emprego, sob a invocação do superior escopo lucrativo da companhia ou a desculpa de que uma empresa não faz política (1983, p. 62)

Porém, resta saber se a conclusão acima pode ser transferida para o ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, há previsão constitucional que determine que as entidades privadas sejam responsáveis pelo respeito a Direitos

Humanos? Sem dúvida, é possível extrair essa conclusão da Constituição Federal de 1988.

Ao se analisar o contexto sócio-político introduzido pela referida Constituição e delimitado no capítulo anterior, se conclui que o Constituinte impôs ao particular o respeito e a promoção de direitos fundamentais, sem os quais não se terá a garantia de exercício da propriedade e da livre iniciativa.

Logo, o que se depreende é que no ordenamento jurídico brasileiro é plenamente possível se exigir a eficácia imediata dos Direitos fundamentais em face dos particulares. E não por outra razão, os direitos infraconstitucionais de natureza pública e privada possuem, cada vez mais, normas de conteúdo aberto direcionadas ao intérprete a fim de que este as valore de acordo com conceitos extrajurídicos de boa-fé, interesse público, bons costumes, etc. Trata-se do que Daniel Sarmento denominou de eficácia irradiante de direitos fundamentais

A eficácia irradiante dos direitos fundamentais manifesta-se sobretudo em relação à interpretação e a aplicação de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, presentes na legislação infraconstitucional. Conceitos como boa-fé, ordem pública, interesse público, abuso de direito, bons costumes, dentre tantos outros, abrem-se, pela sua plasticidade, uma verdadeira reconstrução, edificada à luz dos direitos fundamentais. (SARMENTO, 2008, p. 127)

Esse novo modo de pensar os Direitos Humanos diminuiu as diferenças entre os diversos ramos do Direito, especialmente, o que se costumava denominar Direito Privado e Direito Público, pois independentemente da área, todos os ramos deverão buscar seus fundamentos de validade na Constituição Federal. Comparato (1983, p. 58) vincula essa divisão ao pensamento liberal do século XVIII e conclui que “de todos os lados convergem testemunhos e verificações de que a tradicional divisão da ordem normativa em direito público e direito privado perdeu valor explicativo.”

Trata-se da constitucionalização do Direito Privado, de tal forma que, mesmo nas relações entre particulares regidas pelo Direito Civil ou pelo Direito Comercial, será necessário o respeito aos direitos fundamentais, em especial, à dignidade da pessoa humana, a qual extrapola a Constituição e se enraíza por todas as normas infraconstitucionais de caráter público ou privado.



Segundo a concepção tradicional que de há muito se tem, o Direito Público seria composto por aqueles ramos em que o Estado está em um dos polos e, portanto, não há grandes opções para o exercício da autonomia da vontade, tendo em vista a vigência do princípio da legalidade estrita que impõe que o agente público somente pode agir mediante expressa permissão legal.

Por outro lado, o Direito Privado seria aquele em que a relação jurídica é formada apenas entre particulares, vigorando o princípio da legalidade genérica em que tudo que não é proibido é permitido, o que possibilita o desenvolvimento da autonomia da vontade, por meio da qual as partes criam suas regras adequando às suas necessidades, desde que não haja violação da lei.

O Direito Constitucional, o Direito Administrativo, o Direito Tributário seriam clássicos exemplos do primeiro e o Direito Civil e Comercial, exemplos do Direito Privado. Essa divisão de cunho liberal, conforme ensinamentos de Comparato (1983), compreende um Estado com repertório mínimo de disposições e um Direito Privado, cujo elemento central é o contrato.

Segundo o autor,

As origens dessa ‘grande dicotomia’ (N.BOBBI) localizam-se na ciência jurídica romana. Mas esses fundamentos sociológicos parecem situar-se no largo acervo da civilização greco-latina, separando a esfera da vida do cidadão – com a dignidade do aparecer e do representar na cidade – da esfera de vida privada, isolada do público e centralizada no microcosmo familiar ou gentilício.

(...)

No pensamento político do século XVIII, a distinção evoluiu no sentido de uma nítida separação de esferas jurídicas, paralelas e não hierarquizadas. Montesquieu fixou claramente as bases dessa concepção ao distinguir o homem do cidadão, o costume da lei, o direito civil do direito político (...). A razão jusnaturalista de tais assertos é que ‘como os homens renunciaram à sua independência natural para viver sob leis políticas, assim também renunciaram à comunhão natural de bens para viver sob leis civis. As primeiras leis deram-lhes a liberdade; as segundas a propriedade’. Em consequência, aduz, ‘não se deve decidir pelas leis de liberdade’, que constituem o império da cidade, ‘o que deve ser decidido tão-só pelas leis concernentes ‘a propriedade’.

Percebe-se que a divisão de ramos em público e privado era necessária para “delimitar as esferas de atuação do Estado e do particular, a fim de resguardar a liberdade diante do exercício da autoridade.” (BACELLAR FILHO, 2008, p. 185). Rosa Maria de Campos Aranovich (*apud*. BACELLAR FILHO, p.

187) analisa essa divisão, ressaltando que o Código Civil estava para o Direito Privado tal como a Constituição estava para o Direito Público:

Os códigos representavam, pois, não apenas o diploma básico ou 'constituição' dos indivíduos, mas bem mais, o diploma básico de toda a ordem jurídica, disciplinando institutos comuns, de vários ramos do saber jurídico. O Direito Privado era o direito 'central'. Nesse sistema, as relações do Direito Privado com o Direito Público apresentavam-se bem definidas. O primeiro tratava de todos os direitos naturais e inatos dos indivíduos, enquanto ao segundo concernia a tutela dos interesses gerais, impondo limites aos direitos dos indivíduos mas somente em razão da exigência destes. Ao Estado era conferida a tarefa de manter a coexistência pacífica entre os particulares para que estes livremente se desenvolvessem conforme suas próprias regras.

Este modelo jurídico prevaleceu em boa parte da Europa Ocidental, tal como na França, na Itália e na Alemanha durante os séculos XVIII e XIX e, foi adotado pelo Brasil, quando este passou a ter um ordenamento jurídico próprio. Prova disso é que desde que se tornou um país independente, o país já teve oito Constituições e até 2002 tinha apenas um Código Comercial de 1850 (ainda em vigor, em parte) e um Código Civil de 1916.

Porém, na segunda metade do século XX e, especialmente, após a Constituição de 1988, se começou a questionar a referida distinção, principalmente em virtude da constatação de que a Constituição era um limite não só para o Estado, mas também para o particular. Daí que todo o Direito Privado deveria se subsumir aos preceitos ditados pelo Poder Constituinte, de modo que se começou a falar em Constitucionalização do Direito Privado e também em horizontalidade dos Direitos Humanos.

Essa constitucionalização, ainda recente e em desenvolvimento no país, tem possibilitado uma melhor compreensão de institutos que sempre foram interligados, mas que até então não eram analisados conjuntamente pelo Direito, tais como Estado, Política e Economia. Porém, para analisá-los de modo mais sistêmico, conceitos de propriedade, contratos e livre iniciativa precisaram ser reformulados.

Pietro Perlingieri (2008, p. 186) resalta a necessidade de reconstrução do ordenamento não para confrontar o Direito Público com o Privado, mas sim, para se consagrar uma graduação hierárquica, na qual prevaleça os interesses consagrados na Constituição Federal. No mesmo sentido, Gustavo Tepedino

(2006) ensina que o texto constitucional impõe deveres extra-patrimoniais nas relações privadas, a fim de que se prevaleça a dignidade da pessoa humana.

Judith Martins Costa (1999), por sua vez, ressalta que a jurisprudência pátria comprovou que a utilização de normas gerais em relações privadas não ocasionou aplicações arbitrárias do Direito pelo Judiciário, ao contrário, possibilitaram que os juízes tivessem mais opções para analisar o caso concreto e pudessem aplicar diretamente a Constituição aos negócios jurídicos privados.

O fato é que o Direito Privado não pode ser mais analisado tal como o foi no século XIX, de modo puramente patrimonial, elegendo o Código Civil como a Constituição Privada, enquanto a Constituição, propriamente dita, era colocada como uma carta de ordens dirigida ao Governante, pois o respeito à dignidade da pessoa humana deve ser garantido em todas as relações jurídicas, tendo, ou não o Estado como parte.

A partir do momento em que se sobrepõe a dignidade da pessoa humana, faz-se necessário uma releitura de todo o sistema, reduzindo as fronteiras entre os ramos públicos e privados e estendendo a eficácia dos direitos fundamentais, também às relações particulares.

Fábio Konder Comparato (1983, p. 57) há muito já ressalta que

se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva como elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa.

Até porque, com a consolidação do sistema de produção capitalista, tornou-se indiscutível que é das empresas que provem a maior parte da subsistência da população, bem como são elas as principais fontes de receitas para o Estado. Mas Comparato (1983) destaca que a importância da empresa não reside tão-somente no aspecto econômico, pois, as escolas, as universidades, os centros de pesquisa, os hospitais, as associações artísticas, os clubes esportivos e o próprio Estado, os quais originalmente estavam distantes do mundo negocial, estão, na atualidade, umbilicalmente ligados às empresas, sendo muitas dessas atividades exercidas por entidades empresariais.

Tal como Komparato, Newton de Lucca (2009) também conclui que a grande instituição vencedora do século XX foi a empresa. Logo, em sendo as empresas detentoras de poder, há a necessidade de controle, pois "trata-se de verdade eterna, aquela segundo a qual, todo aquele que detém poder tende a dele abusar, até que encontre um limite" (MONTESQUIEU, 2001, 74).

Este limite, por sua vez, deve ser dado pelo Direito e, como visto no primeiro capítulo, a Constituição Federal de 1988 trouxe respaldo necessário para a intervenção econômica por parte do Estado na Economia e o instituto da função social da empresa modela e fundamenta a visão que a sociedade precisa ter da atividade empresarial, para que esta seja convocada a garantir Direitos fundamentais, independentemente do caráter político, econômico ou social.

Pois, modificando-se a concepção que se tem de empresa, é possível modificar também a forma de sua atuação no ordenamento, permitindo ao Direito fornecer à Economia, fundamentos éticos, conciliando eficiência econômica com direitos fundamentais, tal como teorizado por Perlingieri (2008).

## **2.2 A Função Social do Patrimônio - Propriedade e Empresa - Na Doutrina Jurídica**

Tanto a função social da propriedade como a função social da empresa são institutos que não podem mais ser ignorados pelos aplicadores do Direito. Entretanto, apesar da sua incontestada existência na ciência jurídica, não existe qualquer consenso a respeito do que vem a ser função social da propriedade e da empresa, havendo em doutrina diversos conceitos que variam segundo as concepções ideológicas de cada autor.

Apesar disso, ninguém mais consegue negar que o direito à propriedade e ao lucro não são absolutos. Hely Lopes Meirelles (2001, p. 556) citando Duguit afirma que "a propriedade de há muito deixou de ser exclusivamente o direito subjetivo do proprietário para se transformar na função social do detentor da riqueza".

De fato, desde as Constituições Mexicanas e Alemã promulgadas, respectivamente em 1917 e 1919, houve a superação da concepção individualista de propriedade, com a determinação de que o seu uso deve "ao

mesmo tempo, servir ao interesse da coletividade”<sup>20</sup> (PEREZ, p. 3). A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por sua vez, conclamando um Estado Democrático de Direito, também foi taxativa ao regular a ordem econômica e determinou que tanto a propriedade como a livre iniciativa estão limitadas por diversos princípios de igual ou maior importância que o Direito (também fundamental) da propriedade.

Com relação à função social da propriedade, as diversas determinações expressas na Constituição (*vide* artigo 5º, XXIII; artigo 170, III; artigo 182, §2º; artigo 184; artigo 185) não deixam dúvidas de que o proprietário de bens imóveis no Brasil está cercado de obrigações que impedem o seu uso arbitrário. Por outro lado, não há, na Constituição, previsão expressa de que as empresas – que são a principal expressão da livre iniciativa – devam ter qualquer função social, tendo em vista que a única previsão existente sobre o assunto, diz respeito à função social das empresas públicas e sociedades de economia mista (artigo 173, §1º, I).

Apesar dessa ausência normativa expressa, José Afonso da Silva (2006) ressalta que o artigo 170 da Constituição Federal, constituindo um sopro de socialização, traz diversos princípios limitadores da atividade econômica, dentre eles, a função social. Assim, conclui o autor que se a ordem econômica se implementa por meio da atuação empresarial, esta também se subordina ao princípio da função social. Logo, a ordem constitucional brasileira também determina que as empresas devem cumprir sua função social.

(...) a iniciativa econômica privada é amplamente condicionada no sistema da Constituição econômica brasileira. Se ela se implementa na atuação empresarial, e esta se subordina ao princípio da função social, para realizar ao mesmo tempo o desenvolvimento nacional, assegurada a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social, bem se vê que a liberdade de iniciativa só se legitima quando voltada à efetiva consecução desses fundamentos, fins e valores da ordem econômica (SILVA, 2005, p. 713).

---

<sup>20</sup> Artikel 153 (3) Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste. Documento Disponível em <http://www.documentarchiv.de/wr/wrv.html>, consultado em 22/02/2013.

No mesmo sentido, Manoel de Queiroz Pereira Calças é taxativo em extrair o referido princípio do artigo 170, como consequência da função social da propriedade e dos meios de produção:

Na medida em que a empresa tem relevante função social, já que gera riqueza econômica, cria empregos e rendas e, desta forma, contribui para o crescimento e desenvolvimento socioeconômico do País, deve ser preservada sempre que for possível. O princípio da preservação da empresa que, há muito tempo é aplicado pela jurisprudência de nossos tribunais, tem fundamento constitucional, haja vista que nossa Constituição Federal, ao regular a ordem econômica, impõe a observância dos postulados da função social da propriedade (art. 170, III), vale dizer, dos meios de produção ou em outras palavras: função social da empresa. O mesmo dispositivo constitucional estabelece o princípio da busca do pleno emprego (inciso VIII), o que só poderá ser atingido se as empresas forem preservadas. (2007, p. 38)

Essa preocupação constitucional com a empresa deriva da sua importância adquirida durante o século XX e ressaltada por Comparato (1983) e Newton de Lucca (2009) acima transcritos. Dessa importância surgiu a necessidade de imposição de regras a fim de que a livre iniciativa fosse exercida com limites e, principalmente, com respeito aos demais princípios constitucionalmente previstos.

Não por outra razão, a função social da empresa está positivada no ordenamento jurídico brasileiro, sendo bons exemplos, a previsão existente na Lei das Sociedades Anônimas que possui previsão de que os acionistas majoritários e os administradores devem, em suas decisões, respeitar a função social exercida pela empresa<sup>21</sup> (artigos 116, parágrafo único e artigo 154 da Lei a 6.404/76), e a previsão existente na Lei de Falências que determina que a recuperação da empresa tem como uma de suas finalidades garantir o exercício de sua função social (artigo 47 da lei 11.101/05<sup>22</sup>).

---

<sup>21</sup> Art. 116 (...) Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Art. 154. 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.

<sup>22</sup> Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Ocorre que da leitura das duas leis acima citadas, já é possível concluir que a função social pode ser analisada sob dois aspectos, a saber: como um meio de determinar que o Estado estimule e proteja a atividade empresarial, bem como, um meio para limitar condutas, impondo a participação da empresa na consecução dos fins sociais objetivados pelo Estado.

Sob o prisma de proteção e incentivo para o empresário, a função social da empresa pode ser visualizada na Lei de Falências que determina ser dever do Estado recuperar uma empresa em crise, quando esta se mostrar viável.<sup>23</sup>

Aliás, essa perspectiva do instituto da função social já havia sido registrado por Fábio Konder Comparato que afirmou que a legislação francesa, desde 1967 já previa a preservação da empresa em crise:

Em qualquer das hipóteses, porém, é inegável que a sorte da empresa não pode ficar jungida à conduta do empresário como se entre eles houvesse uma relação dominial. Ainda nesse ponto, o legislador francês traçou, na reforma do direito falimentar de 1967, a via modelar a ser seguida: a preservação da empresa como centro autônomo de interesses, sem prejuízo da punição e do afastamento do empresário faltoso (Comparato, 1983, p.57)

Por outro lado, a função social também pode ser analisada sob uma perspectiva de limitação da atividade, de modo que cabe ao Estado impedir a

---

<sup>23</sup> Em casos de pedido de recuperação judicial e falência e ações renovatórias de locação de imóveis não residenciais, a jurisprudência pátria é farta em reconhecer a função social da empresa como forma de proteção e incentivo ao empresário. Nesse sentido e a título de exemplo, seguem duas ementas de julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo: Falência - Pedido formulado na vigência do DL 7.661/45, com fundamento em seu art. 1º - Débito de pequeno valor - Quebra da empresa que não se justifica em face da orientação da nova Lei de Falências, a ser adotada como norma interpretativa - Art. 94, inc. I, da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 -Harmonização dos princípios constitucionais da irretroatividade das leis e da função social da empresa. Sentença de extinção do processo de falência, sem resolução de mérito, mantida – Recurso não provido. Tribunal de Justiça de São Paulo - Processo n. 0116902-61.2008.8.26.0000 – Relator: Pereira Calças – Data de Julgamento. 18/08/2009.

Locação não residencial - Ação renovatória - Estabelecimento de ensino - Preenchimento dos requisitos legais estabelecidos nos arts. 51 e 71 da Lei 8.245/91 - Carência de ação afastada. - A comprovação do exato cumprimento das obrigações contratuais assumidas deve ser examinada com cautela e sob o prisma da função social dos contratos, bem como sob o prisma da função social da empresa. - Conservação do imóvel - Requisito preenchido, eis que apurado em perícia judicial que o imóvel apresenta bom estado de conservação, necessitando de simples reparos, o que se mostra suficiente. - Contratação de seguro. - Ponto não impugnado em contestação. - Juntada posterior de documentos que comprovam a contratação de seguro, valendo observar que a apólice mais recente instruiu a inicial da ação renovatória. - Valor do aluguel. - O montante apontado em perícia é o reputado como correto, pois os métodos de avaliação utilizados pelo perito judicial mostram-se compatíveis com o fim pretendido, que é a apuração do justo valor do locativo. - Parcial procedência do pedido inicial - Sentença reformada. - Recurso parcialmente provido, v.u. Tribunal de Justiça de São Paulo - Processo n. 9160205-06.2007.8.26.0000 – Relator: Manoel Justino Bezerra Filho– Data de Julgamento. 30/08/2010.

atuação desenfreada e impor condutas aos empresários a fim de que a empresa possa se responsabilizar também pelo desenvolvimento social como um todo. Trata-se na verdade, da imposição de deveres éticos às pessoas jurídicas de Direito Privado e ao mercado que não podem ser guiados tão somente pela intenção de lucro.

Porém, muita polêmica envolve este tema, pois para aqueles que se utilizam de concepção mais liberal, tal como a escola de Chicago (*law and economics*) vista no primeiro capítulo do presente trabalho, a função social da empresa tem um conceito bem restrito, qual seja o de exercer uma atividade lícita, gerar empregos e tributos produzindo riquezas e satisfazendo, com isso, os interesses de seus acionistas.

Assim fazendo, a companhia cumpre sua função quando produz, industrializa ou revende as mercadorias ou presta os serviços propostos em seus estatutos. Além disso, a companhia deve garantir que a realização de sua atividade deverá vir acompanhada de negócios lícitos, nos quais serão gerados tributos devidos em função da atividade econômica desempenhada. Para que a atividade possa se desenvolver, é necessário que também seja exercida de forma a gerar trabalho e empregos. Por fim, o exercício de todas essas atividades deverá ser feito de forma a maximizar os ganhos e lucros da sociedade e, por consequência, dos acionistas. Essa é a função social da companhia. Para isso, investidores aplicam seus recursos na aquisição de ações. (CATEB, 2008, p. 271).

O modelo acima diferencia função social de responsabilidade social. Henry G Manne e Henry C. Wallich (*apud* CATEB, 2008, p. 271) afirmam que ações socialmente adequadas que geram gastos (des)necessários para as empresas não podem ser impostas pelo Estado, pois trata-se apenas de responsabilidade social que possui com requisito intrínseco, a voluntariedade na sua prática.

Entretanto, conforme visto no primeiro capítulo, o Estado Democrático instituído pela Constituição da República de 1988 determinou que a livre iniciativa deve ser exercida com respeito aos princípios da ordem econômica (artigo 170 da CRFB) e, antes disso, aos objetivos e fundamentos da República (artigo 1º e 3º da CRFB). É neste contexto que o Direito terá que limitar a atividade empresarial.



A lei das Sociedades Anônimas, por exemplo, é clara em afirmar que existe função social e que tanto os acionistas como os administradores devem respeitá-la, mas o que vem a ser este respeito e como se aplica este instituto são questões bem mais complexas. Vejamos, as previsões legais, *in verbis*:

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

(...)

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

Art. 154. 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.

Percebe-se que as previsões acima são peremptórias em reconhecer a função social da empresa como um instituto limitador de direitos, pois o legislador fez questão de afirmar que tanto o administrador como o acionista majoritário devem analisar a função social da empresa, antes de tomar as decisões que lhes cabem.

No mais, o reconhecimento da função social da empresa extrapola não é uma exclusividade do ordenamento jurídico brasileiro, havendo previsões semelhantes inclusive em âmbito internacional. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches e Vladimir Oliveira da Silveira (obra no prelo) destacam o relatório Ruggie aprovado pela Organização das Nações Unidas em junho de 2011 que objetiva determinar quais direitos humanos e responsabilidades ambientais podem ser impostas às empresas, em especial, às empresas transnacionais.

Esta normatização da ONU concretizada pelo relatório Ruggie teve início em 2003 e se concretizou como um marco normativo que define responsabilidades para que a empresa participe da concretização de Direitos Humanos.

Em 2003, a Subcomissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos aprovou um documento denominado Normas da ONU sobre as Responsabilidades das Empresas Transnacionais e outros

Empreendimentos Privados com relação aos Direitos Humanos. Essas Normas buscavam determinar de modo definitivo os direitos humanos e responsabilidades ambientais imputáveis às empresas e concebidas para serem obrigações imperativas impostas pelo direito internacional às empresas, tais como direitos trabalhistas, ambientais e uma disposição genérica abrangente de que as empresas podem ser responsáveis por toda a gama de direitos humanos em sua “esfera de influência”

Tempos depois, a pedido da Comissão, o professor John Ruggie, da Universidade de Harvard, foi nomeado Representante Especial (RESG) para investigar mais profundamente algumas das questões pendentes relacionadas com empresas e direitos humanos.

Ruggie desenvolveu uma pesquisa abrangente nessa área e lançou uma série de importantes relatórios, sendo que em abril de 2008, ele tornou pública sua proposta de marco normativo para a imposição, às corporações, de responsabilidades em direitos humanos, o que ficou conhecido como “marco Ruggie”.

O marco Ruggie assenta-se sobre o que ele chama de “responsabilidades diferenciadas, mas complementares” e compreende três princípios fundamentais: a obrigação do Estado de proteger os direitos individuais, a responsabilidade das empresas em respeitar os direitos humanos e assegurar que ocorram processos de investigação onde houver denúncia de violações, bem como tomar medidas de reparação e punição, quando necessárias. (Sanches e SILVEIRA, OBRA NO PRELO).

Com as normatizações existentes tanto no âmbito internacional, como no âmbito interno, se percebe que a busca atual não é está mais no reconhecimento da função social da empresa. Bobbio (2004) afirma serem bastante diferentes os fundamentos dos direitos que se tem, daqueles que se deseja ter, de modo que se o direito já está reconhecido pelo ordenamento jurídico, tal como ocorre com a função social da empresa, o problema deixa de ser filosófico e passa a ser puramente jurídico, pois, a função passa a ser de garanti-los e não mais de fundamentá-los.

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar de solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (2004, p. 15)

No que tange à aplicação da função social das sociedades anônimas, alguns, tais como CATEB (2008, p. 272) afirmarão que a empresa que paga seus tributos, respeita a legislação trabalhista e fornece o maior lucro possível para

seus acionistas, está agindo em plena sintonia com a função social exigida pelo ordenamento pátrio. Logo, qualquer outro ato social praticado pela empresa seria um ato de liberalidade que não pode ser imposto pelo Direito, caracterizando verdadeira responsabilidade social.

Defendemos que 'função social' equivale a dizer que uma determinada companhia se propõe ao exercício de uma atividade, de forma lícita e eficaz, gerando empregos e tributos, produzindo riquezas e satisfazendo os interesses de seus acionistas. Enfim, atendendo às necessidades do mercado e da sociedade. Assim fazendo, a companhia cumpre sua função quando produz, industrializa ou revende as mercadorias ou presta os serviços propostos em seu estatuto. Além disso, a companhia deve garantir que a realização de sua atividade deverá vir acompanhada de negócios lícitos, nos quais serão gerados tributos devidos em função da atividade econômica desempenhada. Para que a atividade possa se desenvolver, é necessário que também seja exercida de forma a gerar trabalho e empregos. Por fim, o exercício de todas essas atividades deverá ser feito de forma a maximizar os ganhos e lucros da sociedade e, por consequência, dos acionistas. Essa é a função social da companhia. CATEB (2008, p. 272)

Este entendimento, fortemente vinculado às teorias americanas de análise objetiva de mercado expõe que a responsabilidade social da empresa decorre de uma postura voluntária e qualquer ato coercitivo nesse sentido seria uma grave violação à livre iniciativa. Ocorre que na doutrina americana<sup>24</sup>, não existe o conceito de função social da empresa, tal como ocorre aqui, logo, a análise feita pelo autor acima perde o seu contexto e, conseqüentemente, perde força argumentativa.

O contexto brasileiro é outro e se minimizarmos a função social ao pagamento de tributos e à geração de empregos, esvaziaremos demais o instituto e, conseqüentemente, esvaziaremos todo o artigo 170 da Constituição Federal. Logo, é imperioso analisar a função social sob um viés mais extenso. Até porque, além das limitações constitucionais, a ordem do dia é exigir que as

---

<sup>24</sup> Viviane Perez, afirma que no âmbito da doutrina americana, onde não se desenvolveu propriamente o conceito de função social da empresa, chega-se mesmo a afirmar que “The protection of human rights is not traditionally considered a responsibility of corporations. The domestic laws of many states fail to impose adequate human rights duties on corporation, while it is unlikely that there are any direct duties imposed by international law” (David Kinley e Sarah Joseph, *Multinational corporations and human rights: questions about their relationship*, *Alternative Law Journal* 27:7, 2002).

empresas sejam sustentáveis. E, quando se entra na ideia de sustentabilidade, se passa a adentrar no campo da ética.

Empresa sustentável é aquela que

contempla não só sua competência para gerar empregos e pagar impostos, mas também sua capacidade de tentar harmonizar seu sucesso econômico com equilíbrio social e com qualidade ambiental, dentro de altos padrões éticos de atuação. (TARAGANO, Rogéria Oliveira, *in* CAVALCANTI, 2012, p. 39).

Esta atuação sustentável, nada mais é do que a aplicação de sua função social, de modo que a empresa ao atuar, deve estar concentrada nos seus lucros, deve agir sob a égide da legalidade, mas também deve agir de forma ética, utilizando conscientemente dos recursos ambientais e agindo de boa-fé em todos os momentos de suas relações jurídicas (antes, durante e depois da contratação).

Agindo assim, a empresa será sustentável e estará cumprindo a sua função social. Esta ideia reflete o modelo piramidal de responsabilidades da empresa elaborado pelo americano Archie B. Carroll, publicado na revista *Business Horizon* em 1991 (CAVALCANTI, p. 39).



Segundo o modelo Carroll acima, as responsabilidades econômicas legais e éticas, expressas nos três primeiros níveis da pirâmide não são atos de liberalidade das empresas que atuam no Brasil, restando apenas o último nível para que as empresas possam deliberar se devem ou não segui-lo.

Pois, sem ser lucrativa, a empresa se tornará insolvente e estará fadada ao fracasso, havendo no ordenamento regras de direito material e processual para cuidar do empresário juridicamente insolvente (*vide* Lei de falências 11.101/05). Da mesma forma, obedecer à legislação é uma necessidade básica decorrente da soberania do Estado. Logo, a empresa que atuar à margem da lei, estará sujeita às sanções impostas pelo ordenamento pátrio.

O terceiro item da pirâmide, por sua vez, que diz respeito à ética, também se mostra como algo imperativo perante o qual não há margem a atos volitivos das empresas. Isso porque, a conduta ética é uma ordem e não uma orientação do ordenamento jurídico brasileiro<sup>25</sup>.

Newton de Lucca (2009, p.22) ressalta essa necessidade de ética para as empresas e para o mercado e se mostra pouco otimista quanto ao sucesso da empreitada, a curto prazo:

Se a nossa civilização levou cerca de trinta séculos para proclamar sem que se possa calcular, ao certo, quantos milhões de seres humanos tiveram de morrer violentamente para que tal fato histórico efetivamente acontecesse – essa verdade elementar de que todos os homens devem nascer livres e iguais em dignidade e em direitos, não será pretensioso demais desejar que, apenas sessenta anos após a Declaração Universal de Direitos Humanos (aprovada unanimemente pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948), as empresas atuem num mercado capitalista de produção que mais parece um corpo sem alma, com absoluta transparência ética?

De fato, a exigência de ética e transparência não terá reflexos imediatos, mas cabe ao Direito, impor normas de condutas às empresas. Até porque, em um contexto global em que se exige sustentabilidade, não há outro entendimento que não aquele que condiciona a aquisição de lucro ao respeito aos princípios de um Estado Democrático de Direito.

---

<sup>25</sup> A título de exemplo, basta citar o artigo 187 do Código Civil que afirma ser ilícito os atos praticados sem boa-fé Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Aliás, o comprometimento da empresa com o desenvolvimento sustentável fez com que Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches e Vladimir Oliveira da Silveira (obra no prelo) fossem mais além no conceito de função social da empresa, afirmando que, no que diz respeito à implementação de Direitos Humanos de terceira dimensão, a empresa possui uma verdadeira função sócio-solidária

Concluiu-se que o novo paradigma do Direito na contemporaneidade, trouxe para a empresa privada tanto a responsabilidade social como a solidária, sendo, portanto, que a resposta para a problemática enfrentada pela pesquisa, sobre qual a obrigação da empresa privada com o desenvolvimento sustentável e o que autoriza exigir da mesma ações no sentido de implementá-lo, é a de que há, sim, vinculação e responsabilidade da empresa privada com o desenvolvimento sustentável, em virtude da função sócio-solidária imposta às empresas pelos direitos de igualdade e de solidariedade.

Diante de todos esses argumentos, se conclui pela possibilidade de o Direito exigir um maior comprometimento das empresas com a implementação de Direitos. E isso não precisa esperar outros trinta séculos, pois desde já o Direito pode exigir que as empresas atuem de forma clara, demonstrando quais são seus objetivos, quais são seus produtos e o que eles podem trazer de bom e de mau para os consumidores. Este parece ser um bom âmbito de aplicação para a função social da empresa, qual seja, exigir uma conduta mais transparente da empresa em toda a escala econômica.

Pois, há diversas condutas que podem ser exigidas pelas empresas e que ainda não são praticadas no mercado. Duas situações são bastante exemplificativas de como o ordenamento deve atuar a fim de que a função social da empresa seja respeitada. Vejamos:

A primeira, diz respeito à publicidade de alimentos de baixo teor nutritivo para o público infantil (tais como bolachas, salgadinhos, chocolates, etc), que atualmente, não tem nenhuma preocupação em informar que o alimento não faz bem à saúde e, muitas vezes vincula o produto a personagens do imaginário infantil. Se esse problema for analisado segundo as regras vigentes, pode-se concluir, em um primeiro momento, que este tipo de publicidade é

completamente lícita, pois não é enganosa ou mesmo abusiva nos termos delineados pelo Código de Defesa do Consumidor (artigo 37)<sup>26</sup>.

Entretanto, se a empresa está umbilicalmente ligada aos fins sociais e, conseqüentemente, à saúde pública, não pode realizar este tipo de publicidade, sem deixar claro para os consumidores que se trata de um produto calórico, com baixos nutrientes, bem como não pode vincula-lo a personagens infantis. Logo, a restrição deste tipo de publicidade é algo totalmente plausível, conforme já afirmou Virgílio Afonso da Silva

Contudo, e como se sabe, não é essa a situação atual da publicidade no Brasil. A publicidade dos produtos aqui analisados dialoga com as crianças, usa personagens do imaginário infantil, é veiculada nos intervalos de programas infantis, assistidos quase que exclusivamente por crianças. Diante disso, e como já se afirmou, são possíveis diversas configurações *mais restritivas do que a situação atual*. (SILVA, 2012, p.27, 28)

Outro exemplo de aplicação prática do princípio da função social da empresa está na responsabilização das empresas que contratam outras empresas que se utilizam de trabalho escravo, trabalho infantil ou praticam qualquer outro tipo de exploração ou violação de Direitos Humanos. Atualmente, com o intuito de reduzir custos, é muito comum que empresas terceirizem serviços, com empresas de idoneidade bastante duvidosa, para que estas produzam parte de suas linhas de produção.

Ocorre que estas terceirizadas, muitas vezes se utilizam de mão de obra escrava para conseguir fabricar produtos a preços tão baixos. O Ministério do Trabalho, atualmente, possui um cadastro de empresas<sup>27</sup> autuadas por fornecer trabalho escravo que é renovado semestralmente com inclusões e exclusões de nomes. Assim, fundamentando-se no princípio da função social da empresa, é

---

<sup>26</sup> Para o Código de Defesa do Consumidor são proibidas as publicidades enganosas e abusivas, que são definidas no artigo 37: Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. § 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

<sup>27</sup> [http://portal.mte.gov.br/trab\\_escravo/portaria-do-mte-cria-cadastro-de-empresas-e-pessoas-autuadas-por-exploracao-do-trabalho-escravo.htm](http://portal.mte.gov.br/trab_escravo/portaria-do-mte-cria-cadastro-de-empresas-e-pessoas-autuadas-por-exploracao-do-trabalho-escravo.htm)

possível exigir que a empresa fiscalize e seja responsável por qualquer violação de direitos ocorrida na escala anterior de produção.

Dessa forma, tal como ocorre no crime de receptação<sup>28</sup>, deve a empresa adquirente, suspeitar do baixo custo de produção e exigir comprovações de seu fornecedor de sua regularidade trabalhista.

Essa exigência, não é uma novidade para o Direito, tendo em vista que no âmbito tributário, já se exige a comprovação de regularidade do fornecedor para que a operação ocorra e, caso haja a negociação com uma empresa irregular, a empresa (regular) que efetuou a transação não poderá se creditar dos tributos incidentes na cadeia anterior, a menos que comprove a sua boa fé<sup>29</sup>.

Estes são apenas exemplos de aplicabilidade do instituto, de modo que o mais importante é estipular que a empresa não pode mais ser vista como algo individualizado e suas condutas, sempre devem estar pautadas na ética.

No mais, definida a extensão do conceito, surge outro problema, qual seja, como exigir ética em uma sociedade hedonista, formada por pessoas descomprometidas e voláteis que sequer estão preocupadas com a ética individual, quanto mais, a ética do mercado ou das empresas?

---

<sup>28</sup> O Código Penal prevê como uma das formas do crime de receptação a aquisição de produtos que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso. Nesse sentido, determina o § 3º do Artigo 180, “§ 3º - Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso: (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996) Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa, ou ambas as penas. (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)”

<sup>29</sup> Nesse sentido, *vide* ementa do E. STJ “**PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. CRÉDITOS DE ICMS. APROVEITAMENTO (PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE). NOTAS FISCAIS POSTERIORMENTE DECLARADAS INIDÔNEAS. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. 1. O comerciante de boa-fé que adquire mercadoria, cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) posteriormente seja declarada inidônea, pode engendrar o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não-cumulatividade, uma vez demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada, porquanto o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação (Precedentes das Turmas de Direito Público: EDcl nos EDcl no REsp 623.335/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 11.03.2008, DJe 10.04.2008; REsp 737.135/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 14.08.2007, DJ 23.08.2007; REsp 623.335/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 07.08.2007, DJ 10.09.2007; REsp 246.134/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 06.12.2005, DJ 13.03.2006; REsp 556.850/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.04.2005, DJ 23.05.2005; REsp 176.270/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 27.03.2001, DJ 04.06.2001; REsp 112.313/SP, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 16.11.1999, DJ 17.12.1999; REsp 196.581/MG, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 04.03.1999, DJ 03.05.1999; e REsp 89.706/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, julgado em 24.03.1998, DJ 06.04.1998). (...) Relator: Ministro Luiz Fux - Data do Julgamento: 14/04/2010 - Data da Publicação/Fonte: DJe 27/04/2010).**



Newton de Lucca (2009, p. 23) observa esta questão trazendo-a como o grande problema atual

Sabemos que nossa era vive uma verdadeira crise de falta de humanismo e da falta de ética. Nela predomina, no dizer de Rojas, o chamado 'homem lighth, embebido de filosofia hedonista e inteiramente calcado na cultura do descartável e do supérfluo. Conhece-se muito bem o perfil psicológico – triste e confrangedor, sob todos os aspectos – desse ser que prolifera na sociedade contemporânea: 'Trata-se de um homem relativamente bem informado, mas de escassa formação humanista, muito voltado ao pragmatismo, por um lado, e a vários assuntos, por outro. Tudo lhe interessa, mas de forma superficial; não é capaz de fazer uma síntese daquilo que percebe e, como consequência, se converte numa pessoa trivial, superficial, frívola, que aceita tudo, mas que carece de critérios sólidos em sua conduta. Tudo nele se torna etéreo, leve, volátil, banal, permissivo.

Este sim parece ser um problema de escala muito maior afinal de contas, as empresas são formadas, quase que exclusivamente, por pessoas jurídicas que não pensam e, conseqüentemente, não podem ser egoístas, como se pode exigir delas um comportamento ético?

Ocorre que o presente trabalho não se propõe a entrar no espinhoso campo da ética, limitando-se a dar um enfoque normativo para a questão. Até porque, pode-se partir da premissa de que a ética está positivada na exigência de boa-fé<sup>30</sup>, e como tal, será verificada por meio da análise das condutas realizadas pela empresa.

Assim, em última instância, para saber se a empresa cumpre ou não, a função social que o Direito exige, é necessário analisar as suas condutas, a fim de verificar, de forma objetiva, quais são os seus propósitos.

Porém se o trabalho se propõe a exigir condutas de empresas, cuja natureza é basicamente de pessoa jurídica, então é necessário a compreensão exata do que vem a ser empresário e do que vem a ser essa pessoa da qual exigir-se-á condutas socialmente adequadas.

---

<sup>30</sup> O Código Civil define em seu artigo 187 como ilícito qualquer atitude o titular de direitos que, ao exercê-lo viola os fins econômicos, sociais, os bons costumes ou atue de má-fé.

### **2.2.1 O Conceito de Empresário e de Pessoa Jurídica para o Direito.**

Quando se fala em empresa no Brasil, deve-se levar em conta que o sistema jurídico brasileiro, inspirado no Código Civil Italiano de 1942, define o empresário como aquele que exerce atividade econômica, organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços<sup>31</sup> (artigo 966 do Código Civil Brasileiro).

Desse conceito, se extrai que a empresa é uma atividade que pode ser exercida por uma pessoa física, denominada de empresário individual ou por uma pessoa jurídica, que pode ter um único sócio, como é o caso da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) ou por uma sociedade pluripessoal.

Logo, para compreender o mercado, é preciso compreender a pessoa que realiza o ato de comércio (atualmente denominado de atividade empresarial), pois é ela que é titular de direitos. Especificamente, é preciso compreender a pessoa jurídica, haja vista que somente elas podem atuar no mercado de capitais.

E a pessoa jurídica é um instituto cuja origem, o conceito e, principalmente, a natureza jurídica, geram bastante controvérsia na doutrina civilista. Entretanto, como o presente trabalho pretende analisar formas pelas quais o Direito deve se utilizar para implementar a função social da empresa, não há outro caminho senão aquele que perpassa pelo conceito e pela natureza jurídica dessa pessoa criada pelo direito.

Caio Mário (PEREIRA, 2006) ensina que a pessoa jurídica surgiu da necessidade de associação dos homens que foi verificada em todos os povos, para a obtenção de fins comuns, desde as de raio de ação mais amplo, como o Estado, o Município e a Igreja e até as mais restritas, como as associações particulares.

Segundo o mesmo autor a pessoa jurídica é uma criação do período clássico ocidental, pois em Roma, somente o homem era denominado de *persona*. Foi nessa época que se concretizou a ideia de um ente, diverso da

---

<sup>31</sup> Nesse sentido define o artigo 966 do Código Civil: Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

pessoa natural, com existência própria, que não se confunde com os elementos que a compõem.

Daí a consagração do nome pessoa jurídica que fora absorvida por diversos ordenamentos tais como o Código Civil brasileiro, o Código Alemão, o Código Civil Espanhol o Código Civil Italiano (PEREIRA, 2006).

Teixeira de Freitas, por sua vez, distinguia a pessoa física, denominada por ele de pessoa de existência visível, da pessoa de existência ideal. Daí a expressão existente no Código Civil Argentino, que adotou o esboço do autor brasileiro como modelo.

Na verdade, o nome que se dá a instituição reflete a natureza jurídica, haja vista que para alguns, tais como Savigny e mesmo Ihering a pessoa jurídica é uma mera ficção que só existe em virtude da criação legal e para outros, tais como Caio Mário é uma realidade técnica.

De fato, as teorias da ficção e a da realidade técnica, apesar de não serem as únicas que tentam explicar a natureza jurídica da pessoa jurídica, são as mais tradicionais. A teoria da ficção, porém, encontra bastante resistência, pois segundo ela, os Estados Nacionais, que também são pessoas jurídicas, seriam uma mera ficção jurídica. Daí, a afirmação de Caio Mário (2006, p. 310) que

o jurista moderno é levado, naturalmente, à aceitação da teoria da realidade técnica, reconhecendo a existência dos entes criados pela vontade do homem, os quais operam no mundo jurídico adquirindo direitos, exercendo-os, contraindo obrigações seja pela declaração de vontade individual dos membros componentes, seu patrimônio constituído pela afetação de bens, ou pelos esforços dos criadores ou associados, é diverso do patrimônio de uns e de outros, sua capacidade, limitada à consecução de seus fins pelo fenômeno da especialização, é admitida pelo direito positivo. E, diante de todos os fatores de sua autonomização, o jurista e o ordenamento legal não podem fugir da verdade inafastável: as pessoas jurídicas existem no mundo do direito e existem como seres dotados de vida própria, de uma vida real.

Pontes de Miranda vai mais longe e afirma que tanto a existência da pessoa física como a da pessoa jurídica são criações jurídicas, sendo inócua a discussão de serem reais ou não. Para o autor,

“a discussão sobre serem reais, ou não, as pessoas jurídicas é em torno de falsa questão: realidade em tal sentido, é conceito do mundo fático; pessoa jurídica é conceito do mundo jurídico.” (Miranda, 1954, p. 280)

Adotando um viés filosófico para a questão, Ronald Dworkin (2003) destaca a importância da personificação da sociedade para se manter uma integridade política. Segundo o autor, a personificação da sociedade é profunda e consiste em considerar as pessoas jurídicas como entes morais. Apesar disso, personificar para o autor não é uma descoberta, pois a comunidade não tem uma existência metafísica independente, mas “é uma criação das práticas de pensamento e linguagem nas quais se inscreve” (2003, p. 208).

Percebe-se que a definição filosófica é parecida com a teoria que reconhece a pessoa jurídica como uma realidade técnica, pois apesar de não existir fisicamente, ela existe por si e precisa ser reconhecida e delimitada pela linguagem jurídica.

Aliás, a teoria de Dworkin é importante para fundamentar a responsabilidade da pessoa jurídica, que não pode ser equiparada a responsabilidade das pessoas em particular, tendo em vista que a pessoa jurídica tem princípios próprios que sequer podem ser equiparados aos princípios que a maioria das pessoas físicas que a compõem:

Pois, quando digo que uma comunidade é fiel a seus próprios princípios, não me refiro a sua moral convencional ou popular, às crenças ou convicções da maioria dos cidadãos. Quero dizer que a comunidade tem seus próprios princípios que pode honrar ou desonrar, que ela pode agir de boa ou má-fé, com integridade ou de maneira hipócrita, assim como o fazem as pessoas. (Dworkin, 2003, p. 204)

Esta ideia de integridade própria do ente coletivo não exclui, ao contrário complementa, o sentimento individual que cada pessoa que compõe a sociedade, possui em relação aos atos praticados pela coletividade.

Para comprovar essa diferença, Dworkin (2003) dá vários exemplos de como uma comunidade adota ou trai um princípio e de como isso influencia o sentimento de culpa coletiva, mas o mais emblemático parece ser o sentimento que os cidadãos possuem em relação aos dirigentes políticos, pois segundo ele, os indivíduos aplicam às autoridades no exercício de suas funções “os mais

rigorosos padrões de imparcialidade até mesmo às autoridades cujo poder é relativamente irrisório e substancialmente menor que o de muitos cidadãos privados”, pois caso haja algum equívoco ou algum desvio de conduta refletirão na conduta individual de cada um. Diz o autor:

Ao aceitarmos que nossas autoridades agem em nome de uma comunidade agem em nome de uma comunidade da qual somos todos membros, tendo uma responsabilidade que portanto compartilhamos, isso reforça e sustenta o caráter de culpa coletiva, o sentimento de que devemos sentir vergonha e ultraje quando eles agem de modo injusto. (DWORKIN, 2003, p.212)

Do que foi visto até o momento, já se conclui que tanto pela análise jurídica como pela análise filosófica, a pessoa jurídica é um ente que, apesar de invisível (tal como afirmara Teixeira de Freitas acima transcrito e os próprios liberais que pregavam a mão invisível do Estado), existe e possui princípios e vontades próprias que não se confundem com as características individuais dos entes que o compõem.

Não é incomum, aliás, conhecer grandes representantes de empresas que possuem características bem distintas quando agem em nome próprio, na sua vida privada e quando agem como representantes das empresas que dirigem. De fato, essa bipolaridade é apenas uma constatação fática de que o ente possui princípios próprios que não se confundem com os princípios individuais.

E os princípios de cada pessoa – física ou jurídica – varia conforme a interpretação que cada um possui de si mesmo. Assim, as concepções de vida que cada um possui influenciará decisivamente nas atitudes e direcionamentos dados em suas vidas. Um monge budista que decide viver isolado do mundo o faz em razão de suas concepções que são bastante distintas de uma pessoa mais cética em questões sobrenaturais e que, portanto, direciona todos os seus esforços, na aquisição de confortos materiais.

Nas pessoas jurídicas cuja finalidade precípua seja o lucro, tais como as empresas, o lucro será buscado com todos os esforços. Daí a importância do Direito e, principalmente, dos Direitos Humanos que surgirá como um freio ao lucro e o próprio Direito Constitucional que refletirá os interesses de outra pessoa jurídica, qual seja, o Estado Nacional.

Toda a discussão então, se resume a conflitos de interesses de pessoas jurídicas. De um lado, o mercado formado por pessoas jurídicas cuja finalidade precípua é o lucro e de outro lado o Estado que deve estabelecer seus fundamentos e objetivos e, com isso, delimitar as condutas dentro de seu ordenamento. No caso do Brasil, os artigos 1º e 3º da Constituição Federal da República constituem as pilastras dessa pessoa jurídica de Direito Público que é composta pela união indissolúvel de outras pessoas jurídicas de Direito Público, quais sejam, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal.

Porém, não se pode perder de vista que a Constituição, nos dizeres de Georges Burdeau (MENDES, 2009, p. 51) “é o estatuto do poder”, pois transforma o poder de fato, “resultado do conflito frágil entre as diversas forças políticas que o disputam”, em Poder de Direito, logo, os ideais de uma Constituição refletem apenas os ideais das forças que se encontram no Poder no momento da elaboração da assembleia constituinte ou da outorga da Carta Constitucional.

No Brasil, porém, os ideais formalizados na Constituição vigente possuem caráter democrático, representando uma verdadeira Constituição Social e estes é que devem formar a diretriz para a normatização do mercado, como já dito alhures. O fato é que o empresário como titular de direitos e em virtude do Poder que possui, passa a ser o novo centro das atenções da ordem jurídica

Independentemente da posição que se adote, não se discute que as pessoas jurídicas de há muito concentram o Poder de dizer o que é certo e errado.

Assim, tendo em mente que a função social impõe restrições ao empresário e tendo em mente que o empresariado é formado, basicamente, por pessoas jurídicas, resta agora compreender as formas de modulação de condutas que podem ser adotadas pelo Direito a fim de que se dê efetividade ao sistema, determinando que a livre iniciativa participe da implementação de Direitos Humanos no Brasil

## CAPÍTULO III

### FORMAS DE MODULAÇÃO DE CONDUTAS NO DOMÍNIO ECONÔMICO.

O primeiro capítulo do presente trabalho objetivou demonstrar que a Constituição Federal impôs a sujeição da ordem econômica aos valores impostos pelo Estado Democrático de Direito, razão pela qual não é permitido o exercício da livre iniciativa sem que se prevaleçam os preceitos fundamentais, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana, bastante destacada neste novo modelo de Estado.

Essa sujeição, por sua vez, encontra fundamento jurídico no instituto da função social da empresa, dissertado no segundo capítulo e que, em última instância, modifica a visão individualista que se tem dos direitos individuais, que não podem ser utilizados em detrimento de direitos e garantias constitucionais dos demais cidadãos.

Sendo assim, por meio da regulação da atividade econômica, deve o Estado limitar a atividade empresarial, garantindo o equilíbrio necessário entre ela e os objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil.

#### 3.1 Atividades Econômicas Sujeitas à Regulação.

A intervenção estatal não ocorre somente no domínio econômico, mas também na própria propriedade<sup>32</sup>. Na ordem econômica, porém, a forma de atuação do Estado terá como objetivo

coibir os excessos da iniciativa privada e evitar que desatenda às suas finalidades, ou para realizar ou para realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, fazendo-o através da *repressão ao uso do poder econômico, do controle dos mercados ou do tabelamento de preços* (MEIRELLES, 2001, p. 556) *Grifos no original.*

---

<sup>32</sup> A propriedade pode ser retirada para ter uma destinação pública, por meio do instituto da desapropriação, ou pode ser limitada por meio dos institutos administrativos da requisição, servidão ou ocupação temporária

Assim, o que se depreende da leitura dos dois primeiros capítulos é que, apesar de a Constituição Federal ter consagrado o capitalismo como modo de produção e de expansão da economia, protegendo a propriedade e a livre iniciativa, trouxe determinações para que o Estado não permita que os interesses privados se sobreponham aos interesses coletivos. E a função social da empresa é justamente um desses institutos que tem o poder de limitar a atividade empresarial.

Percebe-se que há fundamento jurídico necessário para essa limitação. Logo o problema que se tem, atualmente, não é mais o de fundamentar a regulamentação da livre iniciativa pelo Estado, pois este já se encontra superado com a consagração da função social da empresa. O problema agora é outro, qual seja, o de dar eficácia a este instituto. Logo é necessário compreender as formas pelas quais o Estado regula a atividade econômica e, conseqüentemente, limita a livre iniciativa, a fim de compreender se há ou não aplicabilidade prática da função social da empresa.

Ocorre que para entender o modo de regulação feita pelo Estado, é preciso antes distinguir quais são as atividades ditas econômicas. Isso porque, além delas, há os serviços públicos cuja titularidade é do Estado, bem como há atividades que se sujeitam ao monopólio estatal e, portanto, não podem ser exercidas por meio da livre iniciativa. Ou seja, para compreender os modos de intervenção do Estado na economia é preciso antes compreender o espaço que o atual Estado brasileiro ocupa.

De fato, dentro do ordenamento, há atividades consideradas serviços públicos e as demais, consideradas, atividades econômicas as quais são, por excelência, o objeto da livre iniciativa. Em ambas é possível que o ordenamento Constitucional determine a exclusividade do Estado para o seu exercício, caso em que serão denominadas monopólios estatais.

Desta feita, não há outra forma de compreensão do modo de regulamentação da atividade econômica que não seja precedida de uma análise do serviço público do país. Pois somente após a delimitação do espaço público é que será possível saber o que vem a ser o campo de atuação da livre iniciativa.

Não por outra razão o presente estudo precisa fazer uma breve digressão histórica sobre o serviço público brasileiro, para compreender a sua forma atual



e, conseqüentemente, compreender a forma de intervenção estatal sobre a livre iniciativa.

Assim, no que diz respeito a serviço público, Barroso (2005) ensina que o Brasil sempre foi visto como um Estado bastante inchado, agregando para si muitas atividades.

Segundo o autor, esse inchaço deriva de um processo longo que se iniciou na década de quarenta, quando o país começou a exercer diversas atividades para suprir as demandas internas da população que aumentava nas cidades até então abastecidas basicamente, por produtos importados. Assim, com o intuito de substituir as importações, então dominantes, o Estado começa a exercer atividades de cunho econômico.

Percebe-se então que a incipiente iniciativa privada da época forçou o exercício da atividade pelo próprio Estado, havendo a necessidade de uma iniciativa oficial para o seu desenvolvimento. Foi nesta década que surgiram as primeiras grandes empresas estatais, quais sejam, a Companhia Vale do Rio Doce, a Companhia Siderúrgica Nacional, a Fábrica Nacional de Motores e a Companhia Hidrelétrica do São Francisco. A década de cinquenta também seguiu a mesma tendência com a criação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico – BNDE e a Petrobrás – Petróleo Brasileiro S.A.

Entretanto, o agigantamento do Estado brasileiro ocorreu a partir da década de sessenta, época em que o período militar governou o país (BARROSO, 2005). De fato, foi no período ditatorial que o Brasil mudou o seu perfil econômico passando de um capitalismo mercantil para um capitalismo industrial<sup>33</sup>. Nesta época, a Administração Pública sofreu uma profunda reforma que tinha por objetivo ocupar setores estratégicos do país por meio de entes personalizados e descentralizados do Poder Executivo.

Sob as orientações do então Ministro Hélio Beltrão e instrumentalizada juridicamente, pelo Decreto-Lei 200/1967, foi realizada a reforma administrativa

---

<sup>33</sup> Bresser Pereira (1989, p.282/284) ensina que a diferença entre capitalismo mercantil e capitalismo industrial foi inicialmente realizada por Marx e que o capitalismo mercantil “ está baseado fundamentalmente na especulação, na compra e venda de mercadorias por um preço desconectado de seu valor-trabalho. “Comprar para vender, ou , mais precisamente, comprar para vender mais caro, M-C-M, indiscutivelmente, parece ser a forma peculiar a apenas um tipo de capital, o capital mercantil. (...) O capital industrial, portanto, ao contrário do capital mercantil, está baseado na concorrência entre capitais e na contínua incorporação de progresso técnico aos processos produtivos. Na medida em que a mais-valia relativa se realiza no mercado, através da troca de equivalentes, a acumulação de capital só se viabiliza através do contínuo aumento da produtividade.

que regulamentou as empresas públicas e as sociedades de economia mista, expandindo, com isso, a Administração Pública Nacional, que passou a atuar em diversos setores da sociedade, muitos deles de caráter econômico.

Apesar do discurso de descentralização, na prática, se manteve o modelo centralizado, pois os órgãos de cúpula das estatais eram preenchidos por pessoas de confiança do Governo. Com isso, os militares tinham acesso a todos os serviços e produtos estratégicos, mantendo, conseqüentemente, o Poder Político e Econômico (NOHARA, 2012). O fato é que, durante a década de setenta, foram criadas mais de 300 empresas estatais e, em setembro de 1981, apenas no plano federal, havia 530 pessoas jurídicas públicas que exerciam atividades econômicas (BARROSO, 2005, p.3).

Não se considerava, na prática, nenhum 'sacrilégio' a atuação direta do Estado no domínio econômico, que era, de fato, incentivada; apesar de ressalva formal da Constituição de 1967, no sentido de que: 'somente para suplementar a atividade privada, o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica', de acordo com o §1º do art. 163.(NOHARA, 2012, p. 49).

A década de oitenta, porém, se iniciou com uma redefinição do papel do Estado na Economia. Isso porque o mundo havia acabado de sofrer duas fortes crises do petróleo, em 1973 e 1979 e, especificamente, no Brasil, ideais democráticos ganhavam força, questionando o modelo centralizador imposto pelos militares. Coroando a modificação do ordenamento, foi promulgada a Constituição Federal de 1988, com forte viés programático e, impondo o princípio da subsidiariedade para a atuação estatal nas atividades econômicas.

Referido princípio foi consagrado nos artigos 173 e 174 da Constituição Federal que determinaram que "a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei", bem como que ao Estado competia a função de regulador da atividade econômica exercendo, na forma da lei, "as funções de fiscalização, incentivo e planejamento" (Constituição da República Federativa do Brasil).

Esse modelo, então, passou a ser o adotado no Estado brasileiro democratizado. Porém, apesar da previsão constitucional de subsidiariedade, o Estado ainda permanecia excessivamente inchado, havendo a necessidade de

privatizações para reduzir-lhe a atuação. Essa necessidade, porém, encontrou respaldo internacional, pois a década de noventa que, então, se iniciava, trazia a ideia de globalização, cujo principal reflexo na Economia, ocorria com a imposição aos Estados em desenvolvimento, de diversas regras, a maioria delas de cunho liberal, como requisitos para a concessão de créditos e renegociação de suas dívidas com o Fundo Monetário Nacional – FMI e o Banco Mundial<sup>34</sup>.

Nohara (2012) traz as características desse modelo imposto pelos órgãos internacionais, tais como a disciplina fiscal, a liberalização financeira, com o fim das restrições às instituições financeiras internacionais, a liberalização do comércio exterior, a eliminação de restrições ao capital externo e a privatizações das empresas estatais. Por isso, a década de noventa foi propícia para o enxugamento do Estado, por meio de privatizações.

No entanto, as reformas foram além do enxugamento do Estado e a própria Constituição, recém-promulgada, foi objeto de alteração, logo no início da década de noventa. Barroso (2005, p. 3) ressalta que, naquele decênio, ocorreram três importantes reformas que envolveram transformações econômicas. A primeira, ocorrida com Emenda Constitucional número 06, de 15.08.95 que suprimiu o artigo 171 da Constituição que concedia benefícios às empresas brasileiras de capital nacional, extinguindo, assim, as restrições ao capital estrangeiro, nos termos ditados pelo Consenso de Washington.

O segundo movimento reformista foi efetivado pelas Emendas número 05 e 08 também de 15.08.95 e Emenda número 09, de 09.11.95 que reduziram a quantidade de monopólios estatais

abrindo a possibilidade de os Estados-membros concederem às empresas privadas a exploração dos serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado, que, anteriormente, só podiam ser delegados a empresa sob controle acionário estatal. O mesmo se passou com relação aos serviços de telecomunicações e de radiodifusão sonora e de sons e imagens (BARROSO, 2005, p. 4).

Finalmente, Barroso (2005) ressalta as privatizações como a terceira transformação econômica que se efetivou com o Programa Nacional de Privatização, previsto nas Leis 8.031/90 e Lei 9.491/97 e culminando com a

---

<sup>34</sup> Trata-se do denominado Consenso de Washington que derivou dos debates ocorridos em 1989 no encontro denominado *Latin American Adjustment: how much has happened*.

Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, que teve por objetivo “não apenas reestruturar a Administração pública, mas principalmente ajustar os gastos com o funcionalismo” (NOHARA, 2012, p. 140).

Paralelamente a isso, diversas leis infraconstitucionais de cunho econômico foram produzidas naquela década<sup>35</sup>. Também na década de noventa, foram criadas importantes leis ambientais<sup>36</sup> que repercutiram de modo bastante significativo para os setores da livre iniciativa, cujas atividades geravam reflexos no meio-ambiente.

Ressalta-se que, apesar da forte influência do modelo indicado pelo FMI e pelo Banco Central, nem todas as modificações possuíam caráter neoliberal, bom exemplo disso, é o Código de Defesa do Consumidor que trouxe profundas modificações sistêmicas no ordenamento jurídico, trazendo uma nova concepção de tutela coletiva e proteção a vulneráveis.

De qualquer forma, a Constituição de 1988 trouxe um modelo de ordem econômica, cuja participação do Estado deveria ter um caráter subsidiário e a primeira década de democracia foi repleta de reformas, com o objetivo de reduzir o “tamanho” do Estado brasileiro.

Com isso, o que se tem, atualmente, em termos de delimitação jurídica, é um Estado que detém o monopólio de algumas atividades expressamente previstas na Constituição Federal, mas cuja função precípua é a prestação de serviços públicos, de modo que somente em casos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo é que poderá explorar atividade de cunho econômico.

Com relação aos monopólios, por se tratar de uma exceção ao princípio da livre iniciativa, somente o Constituinte pôde estipulá-los. Isso porque tais serviços somente são exercidos pelo Estado, sem que haja possibilidade de delegação ao particular, portanto formam um rol taxativo previsto entre os incisos primeiro e quinto do artigo 177 da Constituição Federal e, atualmente,

---

<sup>35</sup> Dentre as normas de cunho econômico criadas na década de noventa, destaca-se Barroso (2005) destaca a criação do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), a Lei de crimes contra ordem econômica (Lei 8.137/90), a normatização dos portos (Lei 8.630/92), a Lei de defesa da concorrência (Lei 8.884/94), a Lei de concessões e permissões (Lei 8.987/95 e 9.074/95) a Lei de energia (Lei 9.247/96), a Lei de telecomunicações (Lei n. 9.472/97), a lei sobre política energética e sobre Agência Nacional do Petróleo (Lei 9.478/97). Muitas delas já alteradas, porém, todas objetivando modificar o modelo econômico do país.

<sup>36</sup> Dentre as normas ambientais editadas na década de noventa, destaca-se a Lei nº 9.605, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1998 que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

correspondem às atividades de petróleo, gás, minérios, minerais e atividades nucleares.

Fábio Konder Comparato (BARROSO, 2002) destaca a taxatividade do rol e afirma que o legislador infraconstitucional não pode acrescentar atividades de monopólio exclusivo do Estado, sob pena de violar o princípio da livre iniciativa previsto no artigo 170 da Constituição Federal.

Calixto Salomão (2008), por sua vez, possui um conceito mais amplo. Segundo ele todos os setores que possam gerar externalidades positivas ou negativas para a sociedade, devem estar sob controle do Estado.

Toda vez que determinada atividade econômica tiver externalidades sociais, sejam positivas ou negativas (respectivamente, benefícios ou malefícios), o mercado não será um elemento organizador eficiente, pois nesses casos o mercado não é capaz de recompensá-las ou compensá-las. (SALOMÃO FILHO, 2008, p.33)

Para o autor, portanto, não há a necessidade de expressa previsão constitucional, pois o único fator importante para que a atividade seja exercida pelo Estado é o fator social, ou seja, “o que importa é a existência de uma relevância social na atividade, que faz com que ela não possa ser prestada pelos particulares sem efeitos distributivos perversos” (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 34).

A título de exemplo, o autor cita a educação cujos benefícios a quem é prestada não são passíveis de mensuração, de tal forma que, deixar a educação sujeitar-se às normas de mercado, gerará, inevitavelmente duas situações (de forma isolada ou cumulativa), quais sejam:

Ou a escola privada desvirtua o sistema educacional, oferecendo ensino de baixa qualidade e, portanto, deixando de produzir externalidades sociais positivas, ou o preço cobrado pelo ensino geralmente torna-o inacessível à grande maioria, o que também gera grandes externalidades sociais negativas.

Apesar de bastante convincente o argumento acima, o fato é que definir o rol de atividades sujeitas a monopólio estatal é uma decisão política que deve ser tomada pelo Poder Constituinte ao elaborar a Constituição. Assim, no que tange aos monopólios, há de se concordar com a taxatividade constitucional<sup>37</sup>,

---

<sup>37</sup> Isso não significa que a educação é uma atividade de competência do Estado a quem cabe exercê-la de forma primordial e com excelência, haja vista que o artigo 207 da Constituição Federal determina ser

de modo que somente as atividades previstas entre os incisos primeiro e o inciso quinto do artigo 177 da Constituição Federal é que são de competência exclusiva do Estado.

Os serviços públicos, por sua vez, são, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2008), as atividades essenciais assumidas pelo próprio Estado que, com exclusividade ou não, as exerce sob a égide de uma disciplina jurídica própria, denominada Direito Administrativo, variando a quantidade e o tipo de serviço conforme a concepção de Estado e o momento histórico. Diz o autor:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo. (MELLO, 2008, p. 665)

Não há um rol exaustivo de atividades vistas como serviços públicos, as quais variam conforme o tempo e o local. Bilac Pinto (1952), entretanto, de há muito já afirmava que, apesar de não formarem um rol taxativo, duas características se mostram imutáveis e devem estar presentes em todas as atividades classificadas como “serviços públicos”, são elas:

1ª) a de que a atividade seja de importância primordial para o grupo social, e vise a assegurar a satisfação de uma das suas necessidades essenciais; 2ª) a de que a iniciativa privada seja inadequada para o seu exercício, quer porque não deseja exercê-la, quer porque a exercerá de modo contrário ao interesse geral.

Especificamente no Brasil, Bandeira de Mello (2008) reitera que a enumeração feita pela Constituição Federal de 1988 não é exaustiva, porém, destaca que o texto Constitucional indica alguns serviços que são de alçada do Poder Público e que serão, portanto, realizados visando à satisfação da coletividade.

No que concerne à esfera federal, é o que se passa com o serviço postal e o Correio Nacional (art. 21, X, da Constituição), com os serviços de telecomunicações, serviços de radiodifusão sonora – isto

---

dever do Estado garantir educação infantil, por meio de disponibilização de creches e pré-escolas, garantir educação básica e gratuita, com a progressiva universalização do ensino médio.

é, rádio – e de sons e imagens – ou seja, televisão, serviços e instalações de energia elétrica e aproveitamento energético dos cursos d'água, navegação aérea, aeroespacial, infra-estrutura aeroportuária, transporte ferroviário e aquaviário entre os portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de mais de um Estado ou Território, transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, exploração dos portos marítimos, fluviais e lacustres (art. 21, XII, “a” a “f”), seguridade social (art. 194), serviços de saúde (art. 196), assistência social (art. 201) e educação (art. 205 a 208). (MELLO, 2008, 680 E 681)

Há, portanto, na Constituição uma enumeração exemplificativa de serviços que precisam estar sob o controle do Estado. Ressalta-se, porém, que as atividades públicas poderão ser exercidas por particulares e com finalidade lucrativa se houver previsão expressa pelo Estado (artigo 175), tais como educação, saúde, assistência social e previdência, atividades estas que a Constituição não reservou como de titularidade exclusiva do Estado.

Em suma, há os serviços que o Constituinte houve por bem monopolizar ao Estado, estipulando-os expressamente na Constituição Federal, a fim de garantir a soberania e a independência econômica do país e, além deles, há os serviços públicos que são as atividades que, por sua importância, são exercidas pelo Estado ou sob suas ordens. Todas as demais atividades lícitas são consideradas atividades econômicas exercidas, precipuamente, pela livre iniciativa e com finalidade lucrativa bem como somente serão exercidas pelo Estado se houver imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, os quais devem ser justificados em lei própria, nos termos do artigo 173 da Constituição Federal.

Percebe-se que a Constituição determinou que as atividades econômicas são de alçada dos particulares e somente nos casos do artigo 173 pode o Estado atuar. Por outro lado, determinou que os serviços públicos devem ser exercidos pelo Estado e somente poderão ser exercidos pelos particulares, quando houver autorização nos termos do artigo 175, fato que não retirará a titularidade pública da atividade. A partir dessas conclusões, Bandeira de Mello conclui o quão absurda é a utilização da expressão serviços públicos econômicos, pois segundo o autor, essa frase contempla “expressões que, em nosso Direito Constitucional, designam antinomias jurídicas, necessariamente submetidas, a regimes normativos antagônicos.” (2009, p. 789).

Ocorre que a análise conjuntural da Constituição Federal demonstra que, mesmo nas atividades econômicas exercidas essencialmente por particulares, haverá uma intervenção do Estado que, segundo o próprio Bandeira de Mello (2009), poderá ocorrer de três formas básicas: através do exercício pelo próprio Estado da atividade, através do exercício do poder de polícia ou por meio de incentivos à iniciativa privada.

Considerando-se panoramicamente a interferência do Estado na ordem econômica, percebe-se que esta pode ocorrer de três modos; a saber: (a) ora dar-se-á através de seu 'poder de polícia', isto é, mediante leis e atos administrativos expedidos para executá-las, como 'agente normativo e regulador da atividade econômica' – caso no qual exercerá funções de 'fiscalização' e em que o 'planejamento' que conceber será meramente 'indicativo' para o setor privado' e 'determinante para o setor público' tudo conforme prevê o art. 174; (b) ora ele próprio, em casos excepcionais, como foi dito, atuará empresarialmente, mediante pessoas que cria com tal objetivo; e (c) ora o fará mediante incentivos à iniciativa privada (também supostos no art. 174), estimulando-a com favores fiscais ou financiamentos, até mesmo a fundo perdido.

Em todos os casos, necessariamente, a interferência estatal terá que estar volvida 'a satisfação dos fins dantes aludidos como sendo os caracterizadores do Estado brasileiro; e jamais – sob pena de nulidade – poderá expressar tendência ou diretriz antinômica ou gravosa àqueles valores.

Hely Lopes Meirelles (2001), por sua vez, afirma que as principais formas de interferência estatal na ordem econômica ocorrem por meio do monopólio, da repressão ao abuso do poder econômico, do controle do abastecimento, do tabelamento de preços e da criação de empresas estatais.

Tanto o monopólio como a atuação direta do Estado na economia já foram delineados acima e não precisam ser aprofundados tendo em vista o objetivo do presente trabalho, que tem como foco principal a forma pela qual o Estado intervém nas atividades exercidas por meio da livre iniciativa. Assim, o mais importante é verificar como ocorre a intervenção e regulação do Estado nessas atividades, analisando a forma pela qual ela vem sendo feita no atual ordenamento jurídico e as possibilidades de mudança.

De qualquer forma, desde já é preciso destacar que a forma de intervenção do Estado nas empresas deve levar em consideração o tamanho e a influência de cada uma delas. Isso porque os grandes conglomerados internacionais possuem muito mais força e capacidade de interferência nos



Estados, do que as pequenas e médias empresas nacionais, cujo principal objetivo, na sua grande maioria, é sobreviver no mercado. Assim, é importante verificar e distinguir os sujeitos a que norma de regulação da economia é dirigida, a fim de impedir que o interesse de grandes transnacionais colidam ou condicionem os interesses dos cidadãos consagrados na Constituição. Nesse ponto destaca Irene Nohara:

Indicou-se um caminho de liberdade às corporações econômicas para que elas produzissem e gerassem empregos. Essa nova forma de dominação diminuiu a importância dos Estados nacionais e aumentou o protagonismo de organismos internacionais de financiamento, de multinacionais, transnacionais e, principalmente, de capital especulativo, que integraliza tais empresas. Há, no entanto, outra faceta da globalização que procura encobrir quais são os reais interessados, escondendo o fato de que existe um pequeno grupo que se beneficiou da forma como o processo de internacionalização foi à época conduzido, isto é, com descontrolo das economias nacionais e um cenário propício à conquista de novos mercados, estes sim, intencionalmente sem fronteiras. (2012, p.68)

Por essa razão, quando o Estado regula a livre iniciativa deve levar em consideração o sujeito objeto da norma, distinguindo as exigências de acordo com o perfil de cada tipo de empresa.

### **3.2 Modos de Regulação da Livre Iniciativa.**

Do que foi visto acima, duas conclusões parecem inevitáveis: a primeira diz respeito ao modelo econômico adotado pelo constituinte de 1988 que, claramente, se opondo ao inchaço estatal ocorrido no período militar, determinou que a participação no Estado na economia possui um caráter subsidiário, concedendo-se à livre iniciativa a primazia para o desenvolvimento econômico que deve ser garantido e protegido pelo Estado brasileiro. Não por outra razão, estipulou, no *caput* do artigo 170, a livre iniciativa como princípio da ordem econômica.

Por outro lado, esta iniciativa precisa ser regulamentada a fim de que os demais preceitos constitucionais estatuídos na Constituição Federal sejam alcançados, não se podendo perder de vista o caráter democrático e solidário, estatuído pelo Constituinte originário. Em suma, com a Constituição de 1988,

modificou-se “a qualidade do Estado de interventor, atuante direto na economia inclusive como empresário e fixador de preços, para um Estado normativo e regulador da atividade econômica, fiscalizando-a, incentivando-a e, em certos casos, planejando-a” (BAGNOLI, 2012, p. 162).

De fato, há no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de a livre iniciativa exercer, de forma lucrativa, tanto atividades consideradas “serviços públicos”, como atividades econômicas, estas por sinal, formam o campo, por excelência, do exercício da atividade privada. Consequentemente, em ambas, há a possibilidade de regulação por parte do Estado, haja vista a necessidade de compatibilização da atividade privada com o ordenamento constitucional, conforme dissertado anteriormente.

Ocorre que, para compreender esse modo de regulação, é imperioso ter como premissa duas normas constitucionais estabelecidas dentro do Título da “Ordem Econômica”, a saber: o parágrafo 4º do artigo 173 que determina que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” e o *caput* do artigo 174 que determina que o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica deve exercer apenas as funções de incentivo e planejamento, os quais serão determinantes para o setor público, mas terão apenas caráter indicativo para o setor privado.

A partir da análise dessas duas normas é que Hely Lopes (2001) conclui que a atuação do Estado na economia deve possuir um caráter subsidiário.

Assim, apesar de haver a possibilidade de regulamentação das atividades econômicas, elas não podem impedir o seu exercício, ou mesmo impedir a lucratividade.

De fato, a forma mais comum de intervenção do Estado na economia se dá por intermédio do exercício do poder de polícia, ou seja, por uma limitação de direitos estipulada em lei que sujeita o infrator a sanções, o Estado restringe a autonomia da vontade dos particulares e impõe sanções àqueles que desrespeitam essa limitação.

O conceito de poder de polícia, atualmente está positivado no ordenamento jurídico pátrio no artigo 77 do Código Tributário Nacional que o considera como a atividade da administração pública que

limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais e coletivos

Seja atuando preventivamente, seja repressivamente, o poder de polícia administrativo transmite a ideia de que a sanção negativa<sup>38</sup> é o meio adequado para impor condutas e limitar direitos dos cidadãos, logo, a sanção é a forma de tornar eficaz o preceito primário da norma, que é aquele que impõe uma obrigação de fazer, de não fazer ou de tolerar.

Em relação a um sistema normativo, os atos humanos podem distinguir-se em atos conformes e atos desviantes. Pois bem, em relação aos atos conformes, a técnica do desencorajamento visa proteger o seu exercício tutelando a possibilidade e fazer ou não fazer, caso se trate de atos permitidos, a possibilidade fazer, caso se trate de atos obrigatórios, e a possibilidade de não fazer, caso se trate de atos proibidos. Em relação aos atos desviantes, a técnica do desencorajamento tem por alvo atribuir-lhes determinadas consequências, apenas os atos desviantes por defeito, os atos propriamente não-conformes, e limita-se a tolerar – não lhes atribuindo qualquer efeito jurídico – os atos desviantes por excesso, isto é, os atos superconformes (as chamadas ações super-rogatórias) (BOBBIO, 2007, p. 14)

Esse caráter sancionatório do direito é reflexo da visão mais tradicional e mais comum que se tem na ciência jurídica, pois

o papel do direito na sociedade é comumente considerado do ponto de vista da sua função predominante, que sempre foi aquela, mais passiva que ativa, de proteger determinados interesses mediante a repressão dos atos desviantes” (BOBBIO, 2007, p. 24).

Kelsen (1999, p. 17) já afirmava que

uma determinada conduta apenas pode ser considerada, no sentido dessa ordem social, como prescrita - ou seja, na hipótese de uma

---

<sup>38</sup> Kelsen (1999, p. 17) afirma que tanto o prêmio como o castigo podem compreender-se no conceito de sanção. No mesmo sentido, Bobbio (2007, p. 7) ensina que na filosófica e na sociológica, o termo ‘sanção’ não se restringe a uma consequência desagradável em decorrência da inobservância da norma, mas também a consequências agradáveis em decorrência da observância. Ou seja, haveria sanções positivas e sanções negativas. Na linguagem jurídica porém, o autor lembra que a expressão “sanção” sem qualquer adjetivação denota, exclusivamente, as sanções negativas. Na doutrina pátria, Miguel Reale (2010, p. 673) também afirma que as sanções são medidas que visam assegurar a execução das normas das regras ou a concessão de vantagens, de tal forma que para o autor as sanções podem ser preventivas, repressivas ou premiais.

ordem jurídica, como juridicamente prescrita -' na medida em que a conduta oposita é pressuposto de uma sanção (no sentido estrito). (1999, p. 38)

Este caráter sancionatório é tão intrínseco, a ponto de ser clássica a expressão de Ihering (2011, p. 35) de que “o objetivo do direito é a paz. A luta é o meio para consegui-la.” Bobbio (2007), atento a essa característica, afirma que uma das grandes questões da teoria geral do direito é justamente o conceito, a ideia de obrigação e cita Genaro R. Carrió para quem o conceito de obrigação reflete a imagem do Estado como alguém que estipula as regras do jogo e institui um árbitro.

Sob essa visão, portanto, o Direito possui um caráter protetor e repressor, ou seja, o direito objetiva proteger atos lícitos por meio de repressão a atos ilícitos. Aliás, Kelsen (1999) já destacava que a coação efetivada pela sanção é uma das características que diferencia a norma jurídica da norma moral.

É, por isso, de rejeitar uma definição do Direito que o não determine como ordem de coação, especialmente porque só através da assunção do elemento coação no conceito de Direito este pode ser distintamente separado de toda e qualquer outra ordem social, e porque, com o elemento coação, se toma por critério um fator sumamente significativo para o conhecimento das relações sociais e altamente característico das ordens sociais a que chamamos 'Direito'. (KELSEN, 1999, p. 38)

Bobbio (2007), por sua vez, afirma o mesmo que Kelsen e acrescenta que essas características protetoras e sancionatórias do Direito refletem um modelo positivista, em que o Estado possui como função exclusiva a garantia da ordem pública. Esta ocorre por meio da utilização de regras primárias e secundárias.

As primárias, usualmente têm como sujeito passivo pessoas físicas ou jurídicas e têm o objetivo de induzir um certo comportamento tido como desejado; com diz Hart 'dizem respeito a atos que envolvem movimento físico ou mudança'

As regras primárias podem trazer uma “afirmação, uma ameaça, uma promessa, dentre outras. Embora todas elas possam ser vistas como uma espécie de “comando”, essa característica nem sempre é perceptível apenas pela leitura e interpretação literal da regra primária. Um exemplo de uma norma primária é o enunciado no artigo 1º da Lei 8.137/90, que diz que:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas (...) (PASCHOAL, 2012, p. 148).

Por outro lado, as regras secundárias são direcionadas aos aplicadores, estipulando as consequências da falta de cumprimento da norma ou estipulando características para a aplicação da norma primária (regras de interpretação, de organização judiciária ou regras processuais). Paschoal (2012) traz três exemplos de normas secundárias, sendo os dois primeiros regras de sanção e o terceiro como regra processual:

Art 1º. Constitui crime [...]:

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 12. São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos arts. 1º, 2º e 4º a 7º: [...]

Art. 15. Os crimes previstos nesta lei são de ação penal pública, aplicando-se-lhes o disposto no art. 100 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

O ordenamento brasileiro é repleto de normas que impõem condutas ou as permitem, sancionando aquele que transgredir o preceito legal. Entretanto, por prevalecer o modelo romano-germânico da legalidade, tanto a imposição de condutas como as sanções devem estar prevista em lei, conforme determina o inciso II do artigo 5º da Constituição Federal que afirma que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Essa concepção de lei prevista no inciso II deve ser vista sob um aspecto *lato*, haja vista que a emanção da norma que impõe condutas não é uma exclusividade do parlamento, logo o Estado, como um todo, pode regular condutas dos particulares. De qualquer forma,

Nos ilícitos civis, a sanção patrimonial será o modelo de resposta utilizado pelo Estado, não havendo, no ordenamento jurídico brasileiro, a prisão civil por dívidas, salvo no caso de obrigação alimentícia, tendo em vista que a prisão do depositário fiel foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal<sup>39</sup>, modificando assim, a interpretação que se deve dar para o inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal.

Já com relação aos ilícitos penais, a sanção, além de caráter patrimonial, pode consistir em outras restrições a direitos (tais como a imposição de prestações de serviços à comunidade ou proibição de frequência a determinados

---

<sup>39</sup> Nesse sentido, prevê a Súmula Vinculante n. 25 do STF - É ILÍCITA A PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO INFIEL, QUALQUER QUE SEJA A MODALIDADE DO DEPÓSITO.

lugares), ou pode ainda privar a liberdade do indivíduo, sendo este o modelo mais grave de sanção no ordenamento jurídico brasileiro.

Esse modelo sancionatório é a forma mais utilizada pela legislação pátria que objetiva regulamentar as atividades econômicas, ou seja, o legislador, na maioria das vezes, tenta proteger os interesses sociais por meio de proibição ou imposição de condutas sob pena de sanção.

De fato, o modelo sancionatório pode ser interessante para proteger direitos de liberdade *lato sensu*, ou Direitos Humanos negativos, corolários do primeiro movimento de garantia de Direitos Humanos. Atualmente, porém, o ordenamento jurídico atento à função social da empresa exige condutas positivas da livre iniciativa<sup>40</sup> e, nesses casos, o modelo sancionatório não parece ser o modelo mais adequado, conforme destaca Norberto Bobbio

a partir do momento em que, devido às exigências do Estado assistencial contemporâneo, o direito não mais se limita a tutelar atos conformes às próprias normas, mas tende a estimular atos inovadores – e, portanto, a sua função não é mais protetora, mas também promocional -, surge paralelamente ao emprego quase exclusivo das sanções negativas, as quais constituem a técnica específica da repressão, um emprego, não importa se ainda limitado, de sanções positivas, que dão vida a uma técnica de estímulo e propulsão a atos considerados socialmente úteis, em lugar da repressão de atos considerados socialmente nocivos. (2007, p. 24)

Entretanto não se nega a importância da sanção negativa é a regra do ordenamento jurídico pátrio, conforme se verifica nas principais leis que regulam a Economia. Por isso é necessário verificar em item próprio, de forma conjunta e comparativa, as duas espécies de sanção, a saber, a sanção negativa, decorrente de uma postura repressora do Estado e a sanção positiva, derivada de uma postura promocional do Direito.

### **3.2.1 O Modelo Sancionatório como Modo de Regulação de Condutas no Âmbito Econômico.**

---

<sup>40</sup> Nesse sentido, reporta-se ao conceito de função sócio-solidária a que Sanches e Silveira (obra no prelo) se referem e que foi tratado no capítulo anterior do presente trabalho.

Quando o Estado regulamenta a economia, impõe, tolera ou proíbe condutas. Como dito no item anterior, o modelo que impõe sanções negativas é o mais tradicional e já era utilizado desde os sistemas jurídicos clássicos, existentes em Roma e na Grécia (FERRARI, 2006). Na primeira, havia previsão de punição para aqueles que monopolizassem atividades ou que tentassem aumentar, arbitrariamente, preços de produtos essenciais ao povo. Na Grécia, por sua vez, havia punição ao monopólio e àqueles que especulavam, armazenando suas mercadorias, para que os preços subissem.

No caso do Brasil, a limitação de condutas por meio de imposição de sanções aos infratores é o modo mais usual no Direito. As violações de normas, por sua vez, podem caracterizar ilícitos civis, penais ou administrativos. Apesar de ser significativa a importância deste último modelo de ilícito administrativo, para o presente trabalho, somente as duas primeiras serão objeto de análise, tendo vista o objetivo que se pretende alcançar.

Na esfera penal, há diversas leis objetivando proteger bens jurídicos vinculados à Economia<sup>41</sup><sup>42</sup>, de modo que o ordenamento jurídico brasileiro possui um vasto sistema penal que objetiva tutelar a economia por meio da sanção mais grave existente em Direito, a saber, a restrição da liberdade e a taxaço de criminoso perante a sociedade.

Porém um detalhe comum às leis acima chama atenção, pois todas foram elaboradas entre o final da década de oitenta e o final da década de noventa. Não se trata de uma mera coincidência temporal.

De fato, como já analisado, esse período reflete fortes influências externas que visavam tornar os países em desenvolvimento mais propícios para o investimento externo. Foi o período de expansão da globalização. E a fim de reduzir os riscos de modo uniforme nos países capitalistas, a globalização exigiu reformas penais, no sentido de evitar que a delinquência transnacional se utilizasse de sistemas jurídicos mais fracos (DA SILVA, 2006).

---

<sup>41</sup> Como exemplo de leis penais que tutelam a economia tem-se a Lei 7.492/86 que define crimes contra o sistema financeiro nacional; a Lei 8.137/90 que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo; a Lei 8.176/91, a qual estipula crimes contra ordem econômica com ênfase no mercado de combustíveis. Além delas, há crimes contra a propriedade industrial na Lei 9.279/96 e crimes ambientais que, muitas vezes, são decorrentes de atividades econômicas, previstos na Lei 9.605/98

<sup>42</sup> Completa o sistema penal econômico a Lei 12.683, de 9 de julho de 2012, que prevê o crime de lavagem de dinheiro, a qual foi recentemente editada para prever que qualquer crime anterior pode subsidiar a lavagem de dinheiro que ocorre na maioria das vezes, por meio do exercício de atividades empresariais.

No fundo, a ideia de sociedade de risco trazida por Ulrich Beck (2010) e caracterizada pela invisibilidade dos perigos e a globalidade da ameaça, fez com que o Direito Penal fosse chamado para tentar reduzir as incertezas tão prejudiciais ao mercado. Ou seja, existia (e ainda existe) uma expectativa social de que caberia “ao Direito Penal dar a resposta eficaz a este tipo de criminalidade” (DA SILVA, 2006, p. 419). Logo, o que era para ser a *ultima ratio*, torna-se a primeira opção para modular condutas e impor sanções no âmbito econômico.

Entretanto questiona-se se o Direito Penal é o meio adequado ou se a criminalização possui apenas um caráter simbólico de dissimular uma efetiva regulamentação do Estado na economia.

Junto a uma expansão legislativa de caráter simbólico, a pressão no direito penal se intensifica, caracterizando a política criminal simbólica, numa tentativa de minimizar o risco, com preferência para a figura do delito abstrato, o que atua na expansão legislativa, como resposta à complexidade dos sistemas sociais, exigindo a flexibilização da dogmática penal. (DA SILVA, 2006, p. 426)

A complexidade econômica não pode ser tratada de maneira tão simplista, a ponto de imaginar que a criminalização seria capaz de modular condutas. Até porque o que se viu foi a criação de normas penais de conteúdos abertos que podem gerar uma responsabilização objetiva, impensável no atual Estado Democrático de Direito em que vivemos. Assim, é importante refletir no modelo criminal como forma de regulação de economia, atentando-se para que este poderoso instrumento jurídico de coação não esteja sendo utilizado para dissimular o declínio do setor social do Estado, tal como alerta Anabela Rodrigues

Dissimula-se neste movimento, uma redefinição da função Estado, ‘que se retira da arena económica e afirma económica e afirma a necessidade de reduzir seu papel socializador e de alargar, endurecendo-a, a intervenção penal’. O ‘novo senso comum penal’ é a “tradução e complemento, em matéria de justiça, da ideologia económica e social baseada no individualismo.’

É, afinal, a política de emagrecimento do Estado providência.

As ligações entre o declínio do setor social e o desenvolvimento do seu braço penal são evidentes. Em simultâneo com o pedido de ‘menos Estado’ na ordenação económica e social exige-se ‘mais Estado’ para encobrir e conter as consequências sociais deletérias onde se verifica a deterioração da proteção social. O estado individualista deve ser também um Estado punitivo. (2006, p. 290).



Independentemente das críticas acima transcritas, o fato é que o Estado brasileiro se utiliza, frequentemente, do direito penal para intervir na economia, confirmando, assim, a utilização de um modelo sancionatório e punitivo para as infrações cometidas no desenvolvimento da livre iniciativa. Bobbio afirma que a excessiva utilização do Direito Penal é mero reflexo do modelo de sanção negativa, decorrente de um estado liberal

Nas concepções em que o Estado assume a função de guardião da ordem pública, o direito se resume, pouco a pouco, ao direito penal; e uma das características do direito penal é, precisamente, ser composto, sobretudo de normas negativas. Uma vez considerado todo o fenômeno jurídico sob o ponto de vista exclusivo do direito penal, a teoria do direito como conjunto de normas negativas parece mais plausível, ou, pelo menos, menos excêntrica (mesmo que continue a ser falsa). (BOBBIO, 2007, p. 4)

A crítica acima é bastante relevante e traz o questionamento a respeito da adequação do modelo criminal adotado no Brasil, já que o modelo social inserido pela Constituição não se coaduna com a criminalização excessiva de condutas.

Apesar disso, o fato é que o Direito Penal não é o único instrumento utilizado pelo Estado para intervir na Economia, havendo um grande número de normas de caráter interventivo que sujeita o seu infrator a sanções de caráter civil que, em regra, corresponde a uma sanção patrimonial.

Como visto, a própria Constituição Federal determina que a lei deverá reprimir o abuso do poder econômico que objetive a dominação de mercado, a eliminação da concorrência, o aumento arbitrário dos lucros (artigo 173, §4º). Percebe-se que o Constituinte foi taxativo em determinar a repressão como meio de intervenção do Estado e a Lei n. 12.529/11 de proteção à concorrência reflete essa concepção de Estado sancionador que proíbe condutas e impõe sanções para as transgressões. Referida lei estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência e tenta prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica.

Por isso, traz um extenso rol de condutas que serão consideradas infrações à ordem econômica, ainda que sejam isentas de dolo ou culpa.<sup>43</sup>Dentro

---

<sup>43</sup>Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

desse rol, é possível perceber uma forte preocupação estatal com o domínio de mercado e com a combinação de preços por meio do cartel,

Este é o modelo mais comum de intervenção do Estado na Economia, qual seja, impondo sanções àqueles que transgridam regras de condutas. Porém

---

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1o A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§ 2o Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

§ 3o As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

a lei de proteção à concorrência não é a única que limita a atividade empresarial. Há diversas leis com esse perfil.

No âmbito tributário, por exemplo, além do pagamento de tributo, propriamente dito, o contribuinte brasileiro se sujeita a inúmeras prestações positivas ou negativas, caracterizadas por obrigações de fazer e não fazer, as quais são coativamente impostas pelo Estado sob pena de sanção. São as denominadas obrigações acessórias. O próprio Código Tributário Nacional determina no parágrafo 3º do artigo 113 que “a obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária”.

Ou seja, o contribuinte é obrigado, além de pagar tributos, a emitir notas fiscais, a escriturar diversos livros contábeis, a prestar diversas informações aos Fiscos Federais, Estaduais, Distritais e Municipais e caso não o faça, receberá uma multa por falta de cumprimento de obrigações acessórias. É o modelo de sanção negativa, modulando condutas e evitando que ocorra sonegação fiscal.

E dentre as obrigações acessórias existentes, um exemplo bastante ilustrativo de intervenção do Estado na atividade econômica é a proibição imposta às empresas de negociar com outras empresas irregulares<sup>44</sup>. Ou seja, não basta que os contribuintes estejam com sua situação tributária regular perante o Estado, mas é necessário também verificar se os seus fornecedores ou os compradores de suas mercadorias também estão, pois os documentos fiscais emitidos pelas empresas inidôneas não geram efeitos àquele que com elas negociou, impossibilitando, por exemplo, o crédito de tributos não cumulativos, tais como Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços – ICMS e o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI.

Além do exemplo acima, é interessante lembrar que o tributo, além de ter a função de gerar receitas ao Estado, tem também a função de interferir na economia privada estimulando ou desestimulando atividades, ou buscando o

---

<sup>44</sup> No âmbito federal esta proibição está expressa na Lei n. 9430/1996 que prevê em seu Artigo 82. Além das demais hipóteses de inidoneidade de documentos previstos na legislação, não produzirá efeitos tributários em favor de terceiros interessados, o documento emitido por pessoa jurídica cuja inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes tenha sido considerada ou declarada inapta.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos casos em que o adquirente de bens, direitos e mercadorias ou o tomador de serviços comprovarem a efetivação do pagamento do preço respectivo e o recebimento dos bens, direitos e mercadorias ou utilização dos serviços.

desenvolvimento de determinadas regiões. Trata-se das funções extrafiscais e para-fiscais dos tributos, impostas pelo Estado, geralmente, sob pena de sanção.

Assim, tributos incidentes nas operações de importação, exportação, operações financeiras visam, acima de tudo, manter ao Estado um determinado controle sobre a economia de modo que as alíquotas são frequentemente alteradas a fim de aumentar ou reduzir o estímulo à livre iniciativa. Hugo de Brito sintetiza bem o assunto:

O objetivo do tributo sempre foi o de carrear recursos financeiros para o Estado. No mundo moderno, todavia, o tributo é largamente utilizado com o objetivo de interferir na economia privada, estimulando atividades, setores econômicos e regiões, desestimulando o consumo de certos bens e produzindo, finalmente, os efeitos mais diversos na economia.

(...)

Assim, quanto a seu objetivo, o tributo é:

- a) *Fiscal*, quando seu principal objetivo é a arrecadação de recursos financeiros para o Estado.
- b) *Extrafiscal*, quando seu objetivo principal é a interferência no domínio econômico, buscando um efeito diverso da simples arrecadação de recursos financeiros.
- c) *Parafiscal*, quando o seu objetivo é a arrecadação de recursos para o custeio de atividades que, em princípio, não integram funções próprias do Estado, mas este as desenvolve através de entidades específicas. (MACHADO, 2010, p.73)

De fato, por ser um ramo que está intimamente ligado à economia nacional, o Direito Tributário sempre é utilizado para modular condutas e a sanção costuma ser a principal forma de coação de conduta. Não por outra razão, há inclusive um extenso rol de condutas caracterizadas como crimes contra ordem tributária, previstos nos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/1990. Porém, como se verá mais a frente, estímulos tributários também são muito utilizados para a modulação de condutas, sendo um dos principais meios de fomento do Estado brasileiro.

Outra forma interessante de intervenção do estado na economia ocorre nos direitos relativos à propriedade industrial que, no Brasil, é regida pela Lei 9.279/96, na qual há previsões a respeito das concessões de patentes de invenção e de modelo de utilidade, além de registros de marcas e de desenho industrial. Dentro dessa lei, há uma interessante forma de intervenção estatal,

que é o instituto da licença compulsória, que ficou mundialmente conhecida, após a sua utilização em remédios utilizados para o tratamento do vírus HIV<sup>45</sup>.

Prevê a lei que o Estado pode, compulsoriamente, licenciar uma patente, caso o seu titular exerça os direitos dela decorrentes de forma abusiva ou praticar abuso de poder econômico. A falta de exploração do produto ou mesmo a comercialização insatisfatória, também podem gerar a licença que será decretada por decisão administrativa ou judicial. Dizem os artigos 68 e 71 da Lei 9.279/96:

Art. 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial.

§ 1º Ensejam, igualmente, licença compulsória:

I - a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação; ou

II - a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado.

Art. 71. Nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente ou seu licenciado não atenda a essa necessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular.

Parágrafo único. O ato de concessão da licença estabelecerá seu prazo de vigência e a possibilidade de prorrogação.

Este instituto de licença compulsória não é uma exclusividade do ordenamento jurídico pátrio, haja vista que existe Acordo dentro da própria Organização Mundial de Comércio (OMC), específico sobre Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS, sigla em inglês) que permite a todos os membros signatários, dentre eles o Brasil, a emitir licença compulsória em circunstâncias específicas relacionadas à saúde pública, abrindo a possibilidade de importação ou produção de genéricos (ZANIN NETO, 2009, p. 6788).

---

<sup>45</sup> Em maio de 2007, o governo brasileiro editou o Decreto nº 6.108/2007 que determinou a licença compulsória por interesse público de medicamentos antirretrovirais, fato que gerou bastante repercussão mundial e ficou, popularmente conhecido, como “quebra de patentes”. Segundo ZANIN NETO (2009, 6792) “o governo brasileiro decidiu licenciar compulsoriamente o medicamento Efavirenz – componente do coquetel contra o HIV, cuja patente pertence ao laboratório Merck Sharp & Dohme. De acordo com o Programa DST/AIDS do Ministério da Saúde, o antirretroviral Efavirenz é o medicamento importado mais utilizado no tratamento da AIDS: atualmente, 38% das pessoas que vivem com HIV/AIDS no Brasil utilizam o remédio em seus esquemas terapêuticos. Estima-se que até o final deste ano, 75 mil das 200 mil pessoas farão uso desse medicamento

Porém o curioso deste modelo é justamente o conflito existente entre dois direitos fundamentais<sup>46</sup>, a saber a propriedade intelectual e a saúde. Porém, fazendo um juízo de valor, o legislador optou pelo último, interferindo, assim, diretamente no orçamento das empresas detentoras das patentes, compulsoriamente licenciadas.

O Direito Ambiental também não foge à regra, aliás, há previsão constitucional de aplicação de sanções penais, inclusive para a pessoa jurídica (artigo 225,§3º, CF). Além da penalização de condutas, a proteção integral consagrada pela Constituição Federal ao meio ambiente fez com que o ordenamento criasse, segundo Antônio Herman V. Benjamin (1998, p. 110), outras cinco modalidades de sanção, a fim de modular condutas relativas a direitos de vizinhança, responsabilidade extracontratual regidas pelo Código Civil, responsabilidade objetiva com base na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), responsabilidade civil objetiva do Código de Defesa do Consumidor e responsabilidade civil especial (relativas à mineração, Código Florestal, nuclear e agrotóxicos).

Obviamente, as sanções ambientais geram reflexos na livre iniciativa, tendo em vista que os interesses da livre iniciativa muitas vezes colidem com a preservação do meio-ambiente, logo, foi necessário um vasto arcabouço jurídico capaz de modular condutas sob pena de sanções, em respeito ao artigo 170 da Constituição Federal.

Finalmente, cumpre destacar o microsistema jurídico existente no Brasil em prol do consumidor que limitou sobremaneira a livre iniciativa em favor da parte mais vulnerável na relação jurídica, qual seja, o consumidor. Por meio do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) o legislador pátrio impôs diversas prestações aos fornecedores de bens e serviços, sob pena de sanções de caráter civil, penal e administrativo.

No âmbito consumerista, é interessante destacar a limitação em face da livre iniciativa no que diz respeito à publicidade infantil. Vidal Serrano Nunes Junior (2008, p. 842 a 846) e Isabella Vieira Machado Henriques (2008) defendem a proibição de qualquer publicidade voltada ao público infantil, tendo

---

<sup>46</sup> Tanto a saúde como a propriedade intelectual são direitos fundamentais. A primeira prevista no *caput* do artigo 6º da Constituição Federal) e o direito à propriedade, consagrado no artigo 5º, XXII e o direito do autor previsto no artigo 5º, XXVII da Constituição Federal.

em vista a hipossuficiência “físico-psíquica” do destinatário da mensagem publicitária. Apesar de respeitável o argumento, o fato é que nem toda publicidade dirigida à criança é ruim, de modo que a proibição não precisa ser generalizada, bastando uma atuação mais efetiva do Estado.

Essa, aliás, é a recomendação da Câmara Internacional do Comércio que, em 1982, promulgou normas de orientação para a publicidade voltada à criança que deve ser

veraz e claramente identificável como tal; não deve se aprovar a violência ou aceitar comportamentos que contrariem as regras gerais de comportamento social; não se pode criar situações que passem a impressão de que alguém pode ganhar prestígio com a posse de bens de consumo, que enfraqueçam a autoridade dos pais, contribuam para situações perigosas para a criança, ou que incentivem as crianças a pressionarem outras pessoas para adquirirem os bens. (GRINOVER et al. 2000, p. 300).

E o Código de Defesa do Consumidor, acatando as orientações acima, proíbe, em seu artigo 37, parágrafo segundo a publicidade abusiva que é aquela

dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Logo, qualquer publicidade que explore a ingenuidade infantil ou mesmo se utilize de qualquer meio discriminatório está sujeita a sanções indenizatórias e, portanto, de caráter pecuniário, bem como poderá ser condenado criminalmente, à detenção de três meses a um ano e multa, nos termos do artigo 67 do Código de Defesa do Consumidor<sup>47</sup>.

Os exemplos acima transcritos são apenas alguns dos muitos casos que há no Brasil de intervenção do Estado nas atividades econômicas, por meio da imposição de sanções negativas, as quais, em regra, possuem caráter patrimonial.

Percebe-se que, no ordenamento brasileiro, o modelo utilizado de modulação de condutas ocorre, principalmente, por meio da utilização do Poder

---

<sup>47</sup> Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena Detenção de três meses a um ano e multa.

de Polícia que limita direitos, sob pena de sanção que, em sua maioria, possui um caráter patrimonial ou mesmo, restritivo de liberdade.

Calixto Salomão Filho (2008), por sua vez, afirma que a ideia de que a vigilância do mercado, por meio do poder de polícia, é suficiente e demonstra que não há no Brasil uma teoria geral da regulação. Segundo o autor, uma boa teorização a respeito da regulação do Estado permite que ele reduza a em razão da própria concepção de Estado.

Até porque, como visto no primeiro capítulo, o modelo sancionatório além de ter um viés liberal, ele também é fortemente influenciado pelas ideias da análise econômica do direito que, objetivando inserir uma análise racional econômica ao Direito, se utiliza da sanção para desestimular condutas ilícitas.

Assim, é criado um sistema jurídico rígido e sancionatório, utilizando-se muito do Direito Penal para tentar demonstrar que a conduta lícita é a que gera o melhor “custo benefício” (utilizando uma expressão bastante comum no meio econômico). Ocorre que para que essa racionalidade funcione, há a necessidade da efetividade do cumprimento na sanção, pois a ineficiência do sistema gerará a ideia de que o ilícito vale a pena.

E a sanção pode ser interessante para a proibição de condutas, ou seja, para garantir que não se viole o direito alheio. Porém a Constituição de 1988 não possui viés liberal e exige a implementação de políticas sociais, tais como a redução da desigualdade e a busca do pleno emprego, o quais somente serão alcançados com a participação efetiva da livre iniciativa.

Sob esse prisma, o modo sancionatório não parece ser o mais adequado, até porque tanto a redução da desigualdade como a busca do pleno emprego são princípios-fins que, segundo Luís Roberto Barroso (2002, p.8) “descrevem realidades materiais que o constituinte deseja sejam alcançadas”, cuja competência para a implementação é do Estado e não do particular.

O fato é que o Estado não consegue cumprir adequadamente suas obrigações e, segundo o modelo de Direito que adota, não consegue transferir tais ônus à livre iniciativa. Porém, ao invés de impor condutas sob pena de sanção, pode o Estado estimular condutas, premiando aqueles que a adotarem. Como se viu no capítulo anterior, seria a implementação do modelo de Responsabilidade Social para as empresas, premiando aquelas que realizarem as condutas adequadas.



Trata-se de uma outra forma de modular condutas por meio do estímulo ou fomento, nos quais o legislador premia aquele que realiza condutas socialmente adequadas. Esse modelo, muito pouco utilizado no ordenamento jurídico pátrio, costuma ser bastante eficaz, principalmente, como forma de efetivação de direitos sociais, tendo em vista que, para estes direitos, não basta a mera proibição de condutas, sendo necessária a prática de atos positivos para a sua concretização.

Entretanto, por não ser o modelo mais tradicional de regulamentação, é que se faz necessário delimitá-lo e exemplificá-lo em item próprio.

### **3.2.2 A Sanção Premial como Forma de Limitação da Atividade Empresarial.**

Como visto acima, o ordenamento pátrio se utiliza de um modelo repressivo para modular condutas na ordem econômica, havendo diversas normas penais, civis e administrativas que impõem sanções negativas em caso de descumprimento do preceito primário. Bobbio comprova, porém, que esta característica é comum ao Direito e não é uma exclusividade do sistema jurídico pátrio, afirmando que

Na teoria geral do direito contemporânea, ainda é dominante a concepção repressiva do direito. Quer a força seja considerada um meio para obter o máximo de respeito às normas (primárias) do sistema, quer seja considerada como conteúdo mesmo das normas (secundárias), a concepção dominante é certamente e que considera o direito como ordenamento coativo, estabelecendo, assim, um vínculo necessário e indissolúvel entre direito e coação. Este se traduz na importância exclusiva dada às sanções negativas: a coação é, ela própria, considerada uma sanção negativa ou, então, o meio extremo para tornar eficazes as sanções (negativas), predispostas pelo ordenamento mesmo para a conservação do próprio patrimônio normativo. (BOBBIO, 2007, p. 7)

O fato é que o modelo de sanção negativa sempre prevaleceu e os exemplos de normas acima transcritos comprovam essa afirmação. Porém, ele não é suficiente, pois, se a premissa da Constituição Federal é justamente a promoção de direitos, a forma de imposição de condutas também deve ser o

modelo de promoção, ou seja, de estímulo à conduta socialmente adequada, principalmente, quando se está diante de direitos que exigem uma atitude positiva do cidadão.

Kelsen já reconhecia a possibilidade de o prêmio ser um reflexo da norma, porém afirmava que a eficácia do sistema estaria vinculada ao fato de a conduta ter sido praticada em razão do prêmio.

Certamente que um ordenamento pode premiar uma conduta apenas quando esta não seja motivada pelo desejo do prêmio. Assim sucede quando, segundo uma ordem moral, apenas é digno de louvor aquele que pratica o bem por si mesmo, e não por causa do louvor. Já que atrás falamos da “eficácia” de um ordenamento, importa aqui destacar que um ordenamento que estabelece um prêmio ou uma pena só é “eficaz”, no sentido próprio da palavra, quando a conduta que condiciona a sanção (no sentido amplo de prêmio ou de pena) é causalmente determinada pelo desejo do prêmio ou - a conduta oposta - pelo receio da pena. Mas fala-se ainda de um ordenamento “eficaz” quando a conduta das pessoas corresponde em geral e grosso modo a esse ordenamento, sem ter em conta os motivos pelos quais ela é determinada. (KELSEN, 1999, p. 18),

Na doutrina pátria, coube a Franco Montoro (1995) e Miguel Reale (1996) reconhecerem a possibilidade de as normas estipularem sanções premiais para aqueles que a cumprem espontaneamente.

atualmente, excogitam-se técnicas mais aperfeiçoadas para obter-se o cumprimento das normas jurídicas, através não de sanções intimidatórias, mas sim através de processos que possam influir no sentido da adesão espontânea dos obrigados, como os que propiciam incentivos e vantagens. (REALE, 1996, p. 75)

Sem dúvida, em um contexto social em que a mão do Estado necessita ser visível, opondo-se à mão invisível do Estado liberal (GRAU), é imperiosa a necessidade de normas de estímulo para a concretização de condutas de interesse social, principalmente, no âmbito econômico, área em que duas questões devem sempre ser analisadas pelo legislador no momento da elaboração da norma, a saber: em primeiro lugar, se deve levar em conta o fato de que o sujeito destinatário da norma é, em regra, uma pessoa jurídica, ou seja, um ente criado pelo direito<sup>48</sup> que não possui qualquer julgamento moral para

---

<sup>48</sup> No capítulo II do presente trabalho há um aprofundamento sobre as teorias que tratam da natureza jurídica da pessoa jurídica.

definir o que é certo ou errado. Ademais, faz parte do conceito de empresário, também delimitado no capítulo anterior, a finalidade lucrativa, ou seja, antes de tomar qualquer atitude, os representantes da instituição empresarial analisam, friamente, se aquele ato será lucrativo ou não.

Assim, se a possibilidade do lucro for mais vantajosa do que a sanção, que na prática pode nem ocorrer, a empresa optará pelo descumprimento da norma, tal como ocorreu no caso *ford* ilustrado por Sandel (2012) que preferiu deixar de fazer *recall* nos carros que apresentaram problemas, tendo em vista o custo da operação ser muito maior do que as eventuais condenações por danos.

Por isso, o modelo sancionatório punitivo não pode ser o único, principalmente, para a tutela do ordenamento econômico. Pois, nos dizeres de Bobbio (2007, p. 9) “a alavanca que move a sociedade econômica é a recompensa” e não o medo da sanção. Logo, uma pessoa jurídica que não sente dor e não se move, não teme a sanção penal e, muitas vezes, verifica vantagens econômicas na própria ilicitude, haja vista que a sanção pode não ocorrer ou, muitas vezes, é menor que o benefício auferido com a transgressão da norma.

A sanção positiva, por sua vez, não padece de nenhum dos dois vícios, pois a parte beneficiada exigirá a sua aplicação, fato que aumenta, significativamente, a sua eficácia e a chance de cumprimento será muito maior, tendo em vista que o prêmio, certamente, será avaliado no momento de se decidir pela adequação, ou não, à norma.

A introdução da técnica do encorajamento reflete uma verdadeira transformação na função do sistema normativo em seu todo e no modo de realizar o controle social. Além disso, assinala a passagem de um controle passivo – mais preocupado em desfavorecer as ações nocivas do que em favorecer as vantajosas – para um controle ativo – preocupado em favorecer as ações vantajosas mais do que em desfavorecer as nocivas.

(...)

Para atingir o próprio fim, um ordenamento repressivo efetua operações de três tipos e graus, uma vez que existem três modos típicos de impedir uma ação não desejada: torna-la *impossível*, torna-la *difícil* e torna-la *desvantajosa*. De modo simétrico, pode-se afirmar que um ordenamento promocional busca atingir o próprio fim pelas três operações contrárias, isto é, buscando tornar a ação desejada *necessária*, *fácil* e *vantajosa*. (BOBBIO, 2007, p.15)

Se o Estado deseja que as empresas exerçam a sua função social, deve tornar esse exercício *necessário*, *fácil* e/ou vantajoso conforme o Direito a ser

tutelado, variando conforme o caso. Por exemplo, se a intenção do Estado é exigir que a atividade privada auxilie na implementação de direitos sociais, tais como saúde, educação e previdência, pode reduzir a carga tributária daqueles que o fizerem, tornando economicamente interessante para a empresa a implementação destas atividades. Fato que não retirará o caráter público dos referidos serviços, até porque caberá ao Estado fiscalizar o modo pelo qual estão sendo prestados e, concluindo pela inadequação, não premiará, podendo cumulativamente aplicar uma sanção negativa ao infrator.

Ressalta-se que o benefício econômico sequer precisa ser maior do que a exigência, podendo ser equivalente, pois a empresa obterá outros retornos que lhe podem ser interessantes.

A título de exemplos, imagine-se a compensação tributária em decorrência da implantação de creches na empresa, determinando a lei que estipular o benefício que todos os gastos efetivamente comprovados com a creche poderão ser abatidos nos tributos devidos pela empresa. Nesse caso, ainda que o custo seja equivalente à economia realizada pela empresa, ainda assim, é bem provável que a empresa o faça, já que a existência de uma creche fará com que os trabalhadores valorizem mais o seu local de trabalho, em razão do benefício extra que ele lhe fornece.

A regra para o empresário costuma ser bastante simples, é um cálculo de custo/benefício, se este último prevalecer, haverá uma grande chance de ser aderido. Por isso, a doutrina verifica que a é na ordem econômica que as normas de incentivo se destacam

A regulação econômica – isto é, a regulação de setores da economia como energia, transportes, telecomunicações, estradas, dentre outros – talvez seja o campo em que o Estado utiliza estratégias não punitivas para regular. Baldwin & Cave (1999), por exemplo, afirmam que no campo econômico, além das estratégias punitivas, é possível constatar a existência de estratégias de auto-regulação, de uso de incentivos, de publicação de informações, dentre outras.

Em trabalho publicado no começo da décadas de 1990, Ayres & Braithwaite (1992) já haviam desenvolvido uma pirâmide de sanções e de estratégias regulatórias que, segundo eles, poderia ser aplicada para a criação de uma regulação mais responsiva e mais eficaz. Essas sanções e estratégias deveriam ser adotadas de maneira “olho-por-olho” (tit-for-tat) em que o regulador deve agir levando em consideração a última ação praticada pelo regulado

O aumento do uso de estratégias alternativas às de comando e controle apoiadas em punição marca o que a literatura sobre o tema chama de passagem de um controle social baseado na dissuasão

(deterrence) para um controle baseado na obediência legal (compliance).<sup>420</sup> As estratégias estatais deixam de visar apenas dissuadir as pessoas a não cumprirem as regras e passam a estimulá-las a cumprirem. (PASCHOAL, 2012, p. 152)

Por outro lado, é importante destacar que o modelo de estímulo não precisa (e não deve) substituir o modelo sancionatório tradicional, mas pode ser muito útil, sendo utilizado em conjunto, alternada ou cumulativamente, conforme o bem tutelado e as características dos sujeitos destinatários da norma.

Outro detalhe importante é o cuidado que o Estado deve ter ao utilizar-se do modelo de fomento que costuma ser mais benéfico às empresas maiores que, por serem mais bem assessoradas juridicamente, acabam se utilizando melhor dos benefícios, por compreenderem melhor as leis que os preveem.

Ainda quando o Estado procurara promover uma política desenvolvimentista de incentivos fiscais, 'essa política paradoxalmente beneficia mais a multi do que a empresa nacional, pois, segundo verifica Bonavides, a multinacional tem recursos para estipendar assessorias jurídicas que lhe permitem tirar proveito também da técnica obscura das leis tributárias. (NOHARA, 2012, 69).

Este risco precisa ser levado em consideração, pois faz parte da previsão constitucional<sup>49</sup> o estímulo ao microempresário, de modo que, se a norma promocional beneficiar mais as transnacionais, dificultando a concorrência, padecerá de inconstitucionalidade. Logo, ao instituir a sanção premial, deve o legislador analisar o destinatário da norma, a fim de que a igualdade material seja respeitada e garantida.

No mais, a forma de premiar condutas pode consistir em um “bem econômico (uma compensação em dinheiro, a designação de um pedaço de terra ao combatente valoroso), um bem social (a passagem para um status superior), um bem moral (honorarias), ou um bem jurídico (os assim denominados privilégios)” (BOBBIO, 2007, p. 25). Além disso, as sanções premiaias não

---

<sup>49</sup> Nesse sentido, artigo 146, III, “d” que determina que compete à Lei Complementar estabelecer normas gerais de direito tributário, especialmente, sobre “definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. E artigo art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

precisam ter caráter, exclusivamente, retributivo, ou seja, representar a contra partida pela prática de um ato lícito, mas podem também assumir uma natureza compensatória, premiando os esforços, por tentar praticar algo socialmente adequado.

O fato é que a sanção negativa não pode ser vista como a única forma de modulação de condutas, sendo necessária a utilização do Direito promocional como meio de estímulo a práticas socialmente adequadas. E, apesar de ainda ser utilizado de forma tímida, há exemplos na legislação pátria em que o prêmio é substituído pela sanção.

Um exemplo recente de modelo promocional de direito em prol de um benefício social é da Lei Paulista n. 12.685 de 28 de agosto de 2007<sup>50</sup> que segundo o seu próprio título “dispõe sobre a criação do Programa de Estímulo à Cidadania Fiscal do Estado de São Paulo, e dá outras providências”. Trata-se da popularmente conhecida “nota fiscal paulista” cuja ideia básica consiste na premiação em dinheiro para aqueles que informarem o número de seus CPF (cadastro de pessoas físicas) nas notas fiscais de produtos ou serviços adquiridos.

As recompensas consistem na devolução de até 30% do valor do ICMS pago pelo estabelecimento comercial, além de sorteios em dinheiro, que ocorrem mensalmente (PASCHOAL, 2012). Dentre os objetivos do programa está a redução da evasão tributária, haja vista que, com a emissão do referido documento fiscal, o comerciante, obrigatoriamente, estará declarando um débito tributário, transferindo assim, a fiscalização desta obrigação tributária acessória ao consumidor que é estimulado a fazê-lo em troca dos benefícios econômicos oferecidos pelo Estado.

O caso é bastante emblemático para o presente trabalho, pois permite a análise comparativa do modelo de sanção “positiva” e sanção “negativa” no ordenamento jurídico pátrio. Isso porque, emitir nota fiscal de há muito é uma obrigação acessória de todo aquele que vende mercadorias ou presta serviços e que são contribuintes de tributos federais, estaduais ou municipais. Portanto, emitir nota fiscal é uma regra de conduta existente nas diversas leis que

---

<sup>50</sup> Texto da lei disponível em [http://info.fazenda.sp.gov.br/NXT/gateway.dll/legislacao\\_tributaria/leis/lei12685.htm?f=templates&fn=default.htm&vid=sefaz\\_tributaria:vtributm](http://info.fazenda.sp.gov.br/NXT/gateway.dll/legislacao_tributaria/leis/lei12685.htm?f=templates&fn=default.htm&vid=sefaz_tributaria:vtributm), consultado em 17/07/2013.

regulamentam e o desrespeito a essa norma sempre foi sancionado negativamente.

No Estado de São Paulo, por exemplo, um contribuinte de ICMS que deixa de emitir nota fiscal pode ser sancionado por meio de uma multa imposta pelo Fisco Estadual equivalente a 50% (cinquenta por cento)<sup>51</sup> do valor da operação ou prestação e se o fizer de forma dolosa, poderá ser apenado em até 5 anos de reclusão, em razão da previsão existente no artigo 1º, inciso V da Lei 8.137/90 que determina, *in verbis*:

Art. 1º. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

(...)

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação. Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Percebe-se que deixar de emitir documento fiscal é algo que pode trazer consequências bastante graves ao infrator da norma. E, como já afirmado, uma das funções do modelo repressivo é justamente coagir condutas lícitas por meio do receio à sanção. Porém não é possível mensurar a eficácia das normas acima, pois não se pode determinar quantos contribuintes cumpriram a obrigação tributária porque tiveram medo das sanções (apesar de não se ter notícia de que alguém foi processado e condenado criminalmente pelo simples fato de deixar de emitir um documento fiscal).

Porém um detalhe bastante importante levantado por Paschoal (2012, p. 164) e pouco explorado em doutrina, diz respeito ao custo que o modelo de sanção negativa gera, pois, para que ele se mostre efetivo, é preciso que haja um rigoroso órgão fiscalizatório, além de um amplo sistema processual necessário para a aplicação da pena (principalmente na esfera criminal, em que a liberdade do acusado está em discussão) e, finalmente, um adequado sistema prisional que garanta a aplicação da pena sem violar outros direitos fundamentais do condenado. Diz o autor:

---

<sup>51</sup> Lei Paulista n. 6.374/89 - Artigo 85. O descumprimento das obrigações principal e acessórias, instituídas pela legislação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, fica sujeito às seguintes penalidades: [...] IV - infrações relativas a documentos fiscais e impressos fiscais: a) falta de emissão de documento fiscal - multa equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor da operação ou prestação [...]

É preciso também considerar que, embora as estratégias punitivas pareçam pressupor a ação estatal apenas no momento em que o ato desviante por não conformidade à regra for praticado, é preciso, primeiramente, constatar a prática dessa ação. Para tanto, o Estado necessita fiscalizar, para poder identificar quais foram os comportamentos dos atores e quais devem receber as punições. Sem essa informação da ocorrência de uma ação sancionada, não pode haver uma reação em forma de sanção. A descoberta dessa informação nem sempre é simples ou barata - especialmente no caso de aplicação de uma sanção punitiva - uma vez que os contribuintes, logicamente, não querem receber castigos e tentam, a todo custo, esconder do Estado o comportamento não conforme. Esse custo, muitas vezes, é mais alto do que o próprio custo de aplicação e gestão da punição. É preciso ter clareza acerca disso pois, muitas vezes, temos a ilusão de que a aplicação de uma multa, por exemplo, enriquece o Estado quando, muitas vezes, pode empobrecê-lo consideravelmente.

Além do custo de fiscalização, temos também o custo de responsabilização – ou imputação – que também tende a ser alto, uma vez que demanda muitas horas de trabalho dos funcionários públicos responsáveis pela identificação do ato desviante e para julgamento do processo de imputação requerido. Uma vez imposta a sanção punitiva, há ainda o custo de aplicação dessa própria sanção (PASCHOAL, 2012, p. 165).

Por outro lado, o Governo Paulista modificou o enfoque e passou a premiar aquele que exige a emissão do documento fiscal do contribuinte de ICMS. Dizem os artigos 2º e 3º da Lei 12.685/07

Artigo 2º - A pessoa natural ou jurídica que adquirir mercadorias, bens ou serviços de transporte interestadual e intermunicipal de estabelecimento fornecedor localizado no Estado de São Paulo, que seja contribuinte do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, fará jus ao recebimento de créditos do Tesouro do Estado.

Artigo 3º - O valor correspondente a até 30% (trinta por cento) do ICMS que cada estabelecimento tenha efetivamente recolhido será distribuído como crédito entre os respectivos adquirentes de mercadorias, bens e serviços de transporte interestadual e intermunicipal, favorecidos na forma do artigo 2º e do inciso IV do artigo 4º desta lei, na proporção do valor de suas aquisições.

(...)

§ 2º - A cada R\$ 100,00 (cem reais) em compras registradas em Documentos Fiscais Eletrônicos, o adquirente fará jus a um cupom numerado para concorrer, gratuitamente, a sorteio a que se refere o inciso III do artigo 4º, na forma a ser disciplinada pela Secretaria da Fazenda.

Paschoal (2012) demonstra, em números, o sucesso do programa e relata que o modelo criado pelo Governo Paulista chamou a atenção de diversos outros



governos estaduais e municipais que criaram modelos parecidos com a “nota fiscal paulista”. Segundo o autor,

Desde sua criação até abril de 2012, o programa já havia distribuído mais de R\$ 4,6 bilhões em créditos para pessoas físicas e jurídicas e quase R\$ 600 milhões em prêmios por meio de sorteios mensais. São mais de 12 milhões de pessoas físicas, 127 mil pessoas jurídicas e 3.870 entidades sociais que podem receber créditos e prêmios de documentos fiscais emitidos em mais de 1 milhão de estabelecimentos varejistas no Estado de São Paulo. Todos os meses, mais de 450 milhões de documentos fiscais são emitidos por essas empresas. Cerca de 30% desses documentos, ou seja, quase 150 milhões mensais, possuem a indicação do CPF ou CNPJ do consumidor.

(...)

O programa não apenas possui vários usuários residentes em outros Estados brasileiros, mas também chamou a atenção de diferentes Secretários de Finanças e da Fazenda de todo o Brasil – que, em pouco tempo, adotaram programas similares em suas localidades de atuação. (PASCHOAL, 2012, p. 48)

Percebe-se que o estímulo financeiro fez com que o consumidor se tornasse o principal fiscal, para que ocorra o cumprimento do preceito normativo, reduzindo gastos com fiscalização e com imposição e cumprimento da sanção.

Ressalta-se, porém, que caso o comerciante se recuse a emitir a nota solicitada pelo consumidor, este pode denunciá-lo às autoridades fiscais, havendo a possibilidade de aplicação de multa. Porém a aplicação de sanção, definitivamente, não é o objetivo da norma, haja vista que menos de 5% das denúncias geraram processos de responsabilização (PASCHOAL, 2012), até porque, a partir do momento que o comerciante nega uma solicitação de seu consumidor, cria um conflito com este e não com o Estado e criar conflito com consumidor não costuma ser uma boa estratégia comercial.

Em suma, a “nota fiscal paulista”, sem dúvidas, é um bom exemplo de modelo promocional do Direito, que demonstra a criatividade do legislador em criar meios eficazes de cumprimento da norma sem que a espada da Deusa Themis tenha que ser desembainhada.

Aliás, o modelo adotado pela nota fiscal demonstra que para que haja aumento da eficácia do preceito normativo o prêmio não precisa ser exclusivamente destinado àquele que deve cumprir a norma, pois no caso da nota fiscal paulista a maioria dos prêmios concedidos são destinados aos

consumidores que exigem o referido documento e, conseqüentemente, fiscalizam o cumprimento da norma.

Outro bom exemplo para se comparar os modelos de Direito promocional e repressivo que ainda está em fase de tramitação, se refere a dois projetos de lei distintos que tratam de sanções aplicadas em casos de corrupção. O primeiro e mais divulgado pela imprensa é o projeto de Lei 5900/13 que, atualmente, está na Câmara dos Deputados<sup>52</sup> e que torna os crimes de corrupção ativa, passiva, o peculato e a concussão crimes hediondos e se for aprovada tornará as penas destes crimes ainda mais elevadas, bem como os tornará inafiançáveis.

Este projeto reflete o modelo tradicional, conclamando o Direito Penal para solucionar todos os problemas sociais. Porém, como já dissertado, essa excessiva expansão do direito penal possui um caráter muito mais simbólico, com poucos benefícios concretos para a sociedade.

Por outro lado, seguindo a mesma tendência de uma sociedade que clama por menos corrupção, há um projeto na Câmara do Município de São Paulo (projeto de Lei nº 6826) que também pune severamente a corrupção, porém atenua ou mesmo deixa de aplicar as penas àquelas empresas que implantem sistemas de prevenção à corrupção ou regras de condutas (*compliance*) disciplinadoras para evitar que seus funcionários estimulem ou protagonizem atos de corrupção.

Em ambos, o objetivo é o mesmo, qual seja, evitar uma conduta inadequada. Porém, a lógica do modelo promocional parte de um importante pressuposto, muitas vezes menosprezado pela sociedade: tão problemático quanto um funcionário público ou um político corrompido, é também o que corrompe. Se não houver quem corrompe, não haverá corrupção. Como muitas vezes, a corrupção é praticada por representantes de empresas, estimular condutas adequadas dentro delas, parece ser um meio mais eficiente de solução do problema.

A eficácia do modelo premial também pode ser analisada nas marcas de certificação concedidas por organizações governamentais e não governamentais que concedem selos específicos que agregam valor a produtos e serviços que

---

<sup>52</sup> Consulta realizada em 08/11/2013 in <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=583945>

cumprem requisitos de caráter ambiental, gestão e respeito a direitos trabalhistas. Isso porque, apesar de não serem normas estatais e, portanto, não serem obrigatórias, são cada vez mais buscadas por empresas e podem servir de parâmetro e inspiração para normas estatais, propriamente ditas.

José Antônio Puppim de Oliveira (2008) explica que o valor da certificação e conseqüentemente o interesse das empresas em certificar-se, depende da credibilidade do organismo que o concede. Porém, o aumento gradativo do interesse da sociedade por questões sócio-ambientais fez com que surgissem certificações específicas para se medir o grau de responsabilidade social das empresas<sup>53</sup>.

Assim, as empresas buscam a aquisição dos referidos certificados para conseguirem fornecer a outras empresas (que exigem esse selo) ou para contratar com o Estado (que também pode exigir ou tornar o selo um diferencial para a contratação). Também podem as empresas objetivar tais certificações para passarem para seus consumidores a percepção de que são empresas socialmente adequadas, ou por qualquer outro motivo que certamente lhe trará algum benefício.

De qualquer forma, a modulação de condutas para a obtenção de certificados não deixa de usar o raciocínio da sanção premial, já que o selo é concedido a quem cumpre a norma, ao invés de sancionar negativamente aquele que não a cumpre.

Puppim de Oliveira afirma que a marca SA8000 – *Social Accountability International*<sup>54</sup> – “foi a primeira iniciativa para avaliar a responsabilidade social de empresas em nível global (DE OLIVEIRA, 2008). Referida marca surgiu em 1997 por uma organização não governamental americana denominada CEPAA (*Council on Economics Priorities Accreditation Agency*<sup>55</sup>)- tendo como enfoque principal a análise de condições dos trabalhadores das empresas.

<sup>53</sup> Justamente em razão de as certificações ISO não terem caráter obrigatório é que se tem utilizado nesta parte do trabalho a expressão “responsabilidade social” em detrimento da expressão “função social”.

<sup>54</sup> Social Accountability International – pode ser traduzido livremente como Internacional, Responsabilidade



Social, sendo que a marca de certificação SA8000 é reconhecida pelo selo seguinte selo

<sup>55</sup> A tradução livre da CEPAA pode ser feita como Conselho de Economia, Prioridades e Agência de Creditação.

Ela surgiu no auge das denúncias de abuso de direitos humanos em fábricas nos países em desenvolvimento, onde os trabalhadores eram explorados e mantidos em condições desumanas. A ideia é garantir condições mínimas de trabalho de produtores e/ou vendedores em uma cadeia de produção.

Os quesitos de avaliação são baseados em normas internacionais, como aquelas emitidas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), e são os seguintes:

- Inexistência de trabalho infantil (ou seja, menores de 15 anos)
- Inexistência de trabalho forçado ou escravo
- Boas condições de saúde e segurança no trabalho
- Liberdade de organização e direito a barganhas coletivas
- Inexistência de discriminação (por causa de sexo, cor, religião, etc)
- Abuso nas questões de disciplina (tortura, abuso verbal etc.)
- Limite nas horas de trabalho (pela lei local ou até 48 horas semanais e pelo menos 1 dia de descanso semanal)
- Salário justo (salário mínimo legal, que dê para necessidades básicas).
- Existência de um sistema de gestão para os assuntos relacionados à norma. (DE OLIVEIRA, 2008, p. 162)

Entretanto, a marca de certificação mais disseminada é a ISO (organização Internacional para Padronização – *International Organization for Standardization – ISO*). Trata-se de uma organização internacional que busca padrões entre os diversos países, englobando “desde o sistema internacional de identificação de livros (ISBN), às normas de gestão ambiental (série ISO14000), e , mais recentemente, o processo para estabelecer uma norma de responsabilidade social (ISO26000)” (DE OLIVEIRA, 2008, p. 164).

Trata-se de um selo bastante procurados pelas empresas, pois por meio deles elas possuem maiores facilidades para exportar seus produtos ou mesmo para fornecer seus produtos para grandes corporações. As normas ISO são classificadas por áreas, sendo que a série ISO 14.000 e a ISO 26.000 merecem um destaque maior:

A série ISO 14.000 traz normas de gestão ambiental a fim de reduzir os impactos negativos da empresa no meio ambiente. Puppim de Oliveira (2008) destaca que nesta seara ambiental, a norma mais conhecida é a ISO 14.0001

A ISO 14001 é uma norma certificável para o sistema de gestão ambiental. Ela pode ser utilizada para qualquer tipo de organização (indústria ou serviço). A ideia é que uma organização que busca excelência em gestão ambiental adote a ISO 14001 como referência. A certificação não é obrigatória. A empresa pode usar a ISO 14001 como diretriz de seu sistema de gestão e decidir não certificá-lo. Em geral, são certificadas plantas, ou

seja, uma organização com mais de uma planta pode ter mais de uma certificação ISSO 140001.

A ISO 14001 não estabelece níveis de desempenho ambiental que a empresa deve ter, e sim uma estratégia e diretrizes genéricas de como a empresa deve direcionar suas políticas, planos, programas e projetos. Ela exige o cumprimento da legislação e busca a melhoria contínua dos padrões ambientais, através do estabelecimento de objetivos e os meios (sistema de gestão) para alcançá-los. Para se adequar à norma, a organização deve ter os seguintes elementos: políticas ambientais, planejamento, implementação e operação, ações corretivas e revisão. (DE OLIVEIRA, 2008, p. 164).

Já a série ISO 26.000 estabelece diretrizes sobre responsabilidade social. Ainda recente, tendo em vista que foi lançada no dia 1º de novembro de 2010 na Suíça, a norma objetiva certificar empresas que incorporem padrões socioambientais em seus processos decisórios e se mostrem responsáveis pelos impactos de suas decisões. Referida norma fornece orientações para todos tipos de organização (lucrativas, não lucrativas, pequenas, médias ou grandes).

Contém 7 princípios de responsabilidade social e 27 definições que precisam ser respeitadas a fim de que a certificação seja concedida. Os princípios da norma são <sup>56</sup>:

**Accountability:** Ato de responsabilizar-se pelas conseqüências de suas ações e decisões, respondendo pelos seus impactos na sociedade, na economia e no meio ambiente, prestando contas aos órgãos de governança e demais partes interessadas declarando os seus erros e as medidas cabíveis para remediá-los.

Obs.: Optou-se por não traduzir este termo, porém uma aproximação razoável seria responsabilização.

**Transparência:** Fornecer às partes interessadas de forma acessível, clara, compreensível e em prazos adequados todas as informações sobre os fatos que possam afetá-las.

**Comportamento ético:** Agir de modo aceito como correto pela sociedade - com base nos valores da honestidade, equidade e integridade, perante as pessoas e a natureza - e de forma consistente com as normas internacionais de comportamento.

**Respeito pelos interesses das partes interessadas (Stakeholders):** Ouvir, considerar e responder aos interesses das pessoas ou grupos que tenham um interesse nas atividades da organização ou por ela possam ser afetados.

**Respeito pelo Estado de Direito:** O ponto de partida mínimo da responsabilidade social é cumprir integralmente as leis do local onde está operando.

---

<sup>56</sup> Todas as informações referentes à ISO 26.000 foram extraídas do site do INMETRO disponível em [http://www.inmetro.gov.br/qualidade/responsabilidade\\_social/pontos-iso.asp](http://www.inmetro.gov.br/qualidade/responsabilidade_social/pontos-iso.asp), consultado em 10/10/2013.

**Respeito pelas Normas Internacionais de Comportamento:** Adotar prescrições de tratados e acordos internacionais favoráveis à responsabilidade social, mesmo que não haja obrigação legal.

**Direito aos humanos:** Reconhecer a importância e a universalidade dos direitos humanos, cuidando para que as atividades da organização não os agridam direta ou indiretamente, zelando pelo ambiente econômico, social e natural que requerem.

Já as definições contidas na norma incluem responsabilidades pela cadeia de suprimentos, de tal forma que as empresas para obterem a referida certificação devem se responsabilizar inclusive por seus fornecedores, trabalhadores terceirizados que devem estar todos em sintonia com as legislações trabalhistas e previdenciárias.

Inclui também *Due Dilligence* processos de identificação de impactos sociais, ambientais e econômicos negativos nas atividades da empresa; bem como se exige diálogo social entre os representantes da organização, dos trabalhadores e dos governos sobre assuntos de interesse comum e, evidentemente, se exige que a instituição desenvolva-se de maneira sustentável, ou seja, sem comprometer as futuras gerações.

Definitivamente a ISO 26.000 é um grande marco para o cumprimento das responsabilidades sociais da empresa e demonstram a importância do modelo premial. Pois, ainda que não haja obrigatoriedade na referida certificação, o fato é que as empresas buscam o referido selo para com ele se beneficiarem de alguma forma.

Porém, como já ressaltado no capítulo anterior, os motivos que levam a empresa a cumprir com as suas responsabilidades sociais não precisam ser analisados, tendo em vista que a análise ética pode (e deve) ser realizada de forma objetiva, por meio da exteriorização de atos. Logo, se a empresa adota posturas socialmente adequadas isso já é suficiente.

Talvez, a fim de estimular ainda mais a referida certificação poderia o Estado conceder, por meio de lei, outros benefícios àqueles que sejam socialmente responsáveis, tais como as exigências realizadas pelo ISO.

O fato é que a análise de custo benefício trazida pelo modelo premial facilita a modulação de condutas, principalmente condutas positivas de empresas e organizações privadas.

Ressalta-se, entretanto, que a sanção premial ora proposta, não substituirá o modelo tradicional de sanção negativa. Este sempre foi necessário e sempre o será. Porém, mesclar os dois modelos parece ser uma forma bastante eficaz para se modularem condutas e, principalmente, para se implementarem direitos.

## CONCLUSÃO

Diante do que se estudou no presente trabalho, é possível tirar algumas conclusões a respeito do instituto da função social e dos modos de regulamentação utilizados pelo Direito para efetivar essa função.

A primeira conclusão a que se chega diz respeito à forma pela qual o Direito e a Economia devem se inter-relacionar. Pois, ao analisar os preceitos que o Constituinte de 1988 inseriu na ordem econômica, se percebe que apesar de a propriedade e a livre iniciativa serem direitos consagrados, eles somente serão exercidos validamente se forem realizados com respeito à livre concorrência, ao consumidor, ao meio ambiente e objetivando a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca pelo pleno emprego.

Aliás, percebe-se a influência de Keynes para a Constituição Econômica brasileira que estimula a atividade empresária, protegendo a propriedade privada e tentando gerar esforços para que o lucro seja auferido por aqueles que se utilizem da livre iniciativa, pois o pleno emprego é um dos objetivos a serem alcançados por meio do exercício da atividade econômica. Por outro lado, a mesma Constituição determina que esse lucro não pode ser conquistado a qualquer custo, sendo necessário respeitar os fundamentos e objetivos traçados para a República Federativa do Brasil.

O importante, então, é a conclusão de que a Constituição Federal vigente estabeleceu o Estado como agente normatizador do mercado, cabendo à economia sujeitar-se ao Direito e não o contrário. Logo, não é possível no Brasil adotar preceitos econômicos ao Direito, tal como propalado pela escola de Chicago, mas sim impor conceitos de justiça e de ética à Economia. Esta é a primeira conclusão a que se chega neste trabalho.

Posteriormente, depreende-se que, apesar de a Constituição Federal ter consagrado o capitalismo, garantindo a propriedade e a livre iniciativa, trouxe inúmeros institutos para que o Estado não permita que os interesses privados se sobreponham aos interesses coletivos. E a função social da empresa é justamente um deles que tem o poder de limitar a atividade empresarial.



De fato, o atual modelo de Estado Social Democrático impõe não só a função de tutela (protetiva-repressiva) de direitos, mas também de promoção, a qual deve ser realizada pelo Estado e pelas empresas.

Assim, a segunda conclusão a que se chega, diz respeito à função social da empresa que está constitucionalmente prevista no Brasil. Ou seja, há fundamento jurídico prevendo-a, logo, o problema que se tem atualmente, não é mais o de fundamentar, mas sim, o de dar eficácia à função social da empresa. Daí a necessidade de compreensão da forma pela qual o Estado brasileiro regula a atividade econômica.

Sobre o assunto, foi possível perceber que, após um longo período de inchaço ocorrido a partir da década de 40, a década de noventa se iniciou com uma enorme quantidade de privatizações e modificações na forma de atuação do Estado na economia.

O modelo econômico previsto na Constituição e as pressões exercidas por órgãos internacionais, tais como o Banco Mundial e a Organização Mundial do Comércio, fizeram com que a atuação do Estado na ordem econômica tivesse um caráter subsidiário. Dessa forma, o cenário atual é o de um pequeno rol de atividades que somente podem ser exercidas pelo Estado. Trata-se dos monopólios estipulados expressamente na Constituição Federal. Além deles, há os serviços públicos que, devido à importância, são exercidos pelo Estado ou sob suas ordens.

Todas as demais atividades lícitas são consideradas econômicas e exercidas, precipuamente, pela livre iniciativa, pois o Estado somente pode exercê-las se houver imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, os quais devem ser justificados em lei própria, nos termos do artigo 173 da Constituição Federal.

Entretanto, mesmo nas atividades econômicas há regulamentação por parte do Estado, feita, basicamente, por meio de sanções de caráter negativo, ou seja, o Estado modula condutas com normas primárias e condena aquele que não as cumpre, atingindo seu patrimônio, sua liberdade ou restringindo algum outro direito.

Trata-se do modo mais tradicional e o mais utilizado pelos ordenamentos jurídicos que se baseiam em um modelo rígido e coativo que pode ser traduzido

na frase de Ihering de que a paz é o objetivo do Direito, mas a guerra é o meio necessário para atingi-la.

É um modelo consagrado e válido, porém, quando se está diante de uma pessoa jurídica, a sua eficiência passa a ser questionada. Apesar de ser titular de direitos e deveres, a pessoa jurídica é apenas uma ficção, de modo que o medo de represália não pode ser visto como uma forma de coação, mesmo que seja direcionado aos seus representantes, pois a vontade destes nem sempre corresponde à vontade expressada pela pessoa jurídica.

Daí a terceira e última conclusão do presente trabalho: o modelo tradicional de modulação de condutas, qual seja, o de sanção negativa não pode ser o único utilizado para a efetivação da função social da empresa. Ao contrário, para esta finalidade, o modelo mais propício é o de sanção premial, que premia a conduta socialmente adequada e prevista na norma primária.

O marco teórico utilizado para se chegar a essa terceira conclusão é a obra de Bobbio denominada “Da estrutura á função” na qual o autor modifica o enfoque Kelseniano de análise da estrutura jurídica do Direito e dá um enfoque maior à finalidade (função) do direito, a saber, concretização da justiça.

Assim, se a questão que se propõe é a de convocar as empresas para efetivarem Direitos Humanos, em especial os direitos sociais; deve-se utilizar um novo modelo de Direito, premiando aquelas que pratiquem condutas adequadas.

Por meio deste, reduz-se a distância entre os objetivos do Constituinte e os objetivos da empresa, haja vista que o custo/benefício existente na promoção dos Direitos Humanos pode ser bem mais interessante do que o receio pela sanção negativa, do modelo clássico. E um exemplo bem sucedido é o da denominada “nota fiscal paulista”: premia os consumidores que exigem a nota fiscal do fornecedor, obrigação sempre tutelada com sanções negativas, mas, que ganhou um enorme número de adeptos quando se lhe modificou a sanção.

Apesar desse sucesso, é importante ressaltar que o modelo de fomento não deve simplesmente substituir o de represálias, mas deve apenas ser levado em consideração pelo legislador que deseja impor condutas a empresas, cuja finalidade precípua é a busca pelo lucro.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALVES, Rubes. **Filosofia da Ciência: Introdução ao jugo e suas regras**. Brasília: Editora Brasiliense, 1981;

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe . **Direito Público x Direito Privado: panorama atual da doutrina, possibilidades de diferenciação e estabelecimento de pontos de contato**. Revista Jurídica Themis - Edição Especial, v. Ed. Esp, p. 185-199, 2008;

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, ordem econômica e agências reguladoras**. Revista eletrônica de direito administrativo econômico, n. 1, 2005. Disponível na internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-ROBERTO-BARROSO.pdf> > consultado em 25/0/2013;

\_\_\_\_\_**A Ordem Econômica Constitucional e os Limites da Atuação Estatal no Controle de Preços**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, no 14 – junho/agosto de 2002. Disponível na internet: < <http://www.direitopublico.com.br>> consultado em 15/05/2013;

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001;

BECK, Ulrich. **O que é Globalização? equívocos do globalismo: respostas à globalização**. Tradução de André Carone. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1999;

\_\_\_\_\_**Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010;

BENACCHIO, Marcelo. **A Regulação Jurídica do Mercado pelos Valores do Capitalismo Humanista**. In: Silveira, Vladmir Oliveira da; Mezzaroba, Orides.. (Org.). Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito. Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 02, p. 191-213;

BITTAR, Eduardo. **O direito na pós-modernidade**. In *Revista Seqüência*, no 57, p. 131-152, dez. 2008;

BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função. Novos estudos de teoria geral do direito**. Trad. Daniela Beccaccia Vesiani. Rio de Janeiro: Manole, 2007;

\_\_\_\_\_**A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004;

BONAVIDES, Paulo. **Direitos Fundamentais, Globalização e Neoliberalismo**. Texto disponível < <http://www.unicap.br/rid/artigos2004/direitosfundamentais.doc>> consultado em 15/05/2013;

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. **A nova lei de recuperação de empresas e falências: repercussão no direito do trabalho (Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005)**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 73, n. 4, p. 39-54, out./dez. 2007;

\_\_\_\_\_. **Sociedade Limitada no Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003;

CATEB, Alexandre B. **Análise Econômica da Lei das S/A**. in Direito e Economia, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. 263-272;

CAVALCANTI, Thaís Novaes. **Ética empresarial: fundamentos constitucionais de uma ordem econômica socialmente responsável**. In Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas. São Paulo: Ed. Lex Magister, n. 31, mar-abr/2012, pp. 33-47;

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 12 ed. 4ª impressão. São Paulo: Ática, 200;

CMMAD. **Nosso Futuro Comum**. New York: ONU, 1987. 2ª Disponível em: <http://www.scribd.com/doc/12906958/Relatorio-Brundtland-Nosso-Futuro-ComumEm-Portuguese>. Acesso em 11/07/2013.

COELHO, Cristiane de Oliveira. **A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico**. In. Scholarship Repository, University of California. Disponível em <http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/050107-10>;

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010;

\_\_\_\_\_, **Direitos E Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade**, in Revista do Conselho de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, ano I, dezembro de 1997, páginas 92-97;

\_\_\_\_\_. **Função Social da Propriedade dos Bens de Produção**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro., v. 63, p. 71-79, 1986;

\_\_\_\_\_, **A Reforma da Empresa**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro., v. 50, p. 57-74, 1983;

DA SILVA, Marco Antonio Marques. **Globalização e Direito Penal Econômico**. In. Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – visão Luso-Brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006 p. 399-438;

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998;

DE OLIVEIRA, José Antônio Puppim de Oliveira. **Empresas Na Sociedade: Sustentabilidade e Responsabilidade Social**. Elsevier: São Paulo, 2008;

DONÁRIO, Arlindo. **Análise Econômica do Direito**. Probabilidade Umbral. Conferência realizada no Instituto Nacional de Administração (INA), a solicitação do Tribunal de Contas. Instituto Nacional de Administração OEIRAS, Portugal, 1 DE JUNHO DE 2010;

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010;

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003;

FARIA, José Eduardo. **Direito e Globalização Econômica**. 1ª ed.; 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998;

\_\_\_\_\_, **A globalização Econômica e sua Arquitetura Jurídica**: dez tendências do direito contemporâneo. Texto preparado para o Congresso Jurídico Globalización, Riesgo y Medio Ambiente, disponível em [http://moodle.stoa.usp.br/file.php/491/8.1.\\_Faria\\_-\\_A\\_globalizacao\\_economica\\_e\\_sua\\_arquitetura\\_juridica.pdf](http://moodle.stoa.usp.br/file.php/491/8.1._Faria_-_A_globalizacao_economica_e_sua_arquitetura_juridica.pdf), consultado em 18/11/2012;

FARIA, Luiz Augusto Estrella. (1999) **Capitalismo, espaço e tempo**. Ensaios FEE, Porto Alegre, v.20, n.1;

FERRARI, Eduardo Reale. **Legislação Penal Antitruste: Direito Penal Econômico e sua acepção constitucional**. In. Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – visão Luso- Brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006 p 579 - 620;

FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011;

FURTADO, Celso. **O Capitalismo Global**. 7ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2007;

\_\_\_\_\_. **Em Busca de Novo Modelo**. Reflexões sobre a crise contemporânea. 2ª Ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2002;

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2010;

GHIRARDI, José Garcez. **Cidadania não é consumo**. publicado no jornal Valor Econômico - página: Capa/A14, data: 21/05/2013;

GONÇALVES, Marcos Peixoto Mello. **Direito e Economia. Democracia Política e Economia**. São Paulo: Quartier Latin, 2009;

GANEM, Ângela. **Adam Smith e a Explicação do Mercado como Ordem Social: Uma abordagem histórico-filosófica**, in Rev. econ. contemp., v. 4, n. 2, jul-dez, 2000. Disponível em <http://www.ie.ufrj.br/index.php/listar-paginas-rec/908-volumes-publicados/1335-volume-4-n2>; consultado em 30/04/2013;

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6a ed, 2ª tiragem. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2000;

HENRIQUES, Isabella Vieira M achado. **Publicidade abusiva dirigida à criança**. Curitiba: Juruá, 2008;

IHERING, RUDOLF VON. **A luta pelo Direito**. Tradução de José Cretella Jr e Agnes Cretella. 6ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

JUNIOR, José Luiz Rossi e FERREIRA, Pedro Cavalcanti. **Evolução da Produtividade Industrial Brasileira e Abertura Comercial**. Texto de Discussão do IPEA, Rio de Janeiro, 1999;

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1999;

LUCCA, Newton de. **Da Ética Geral à Ética Empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2009;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I, 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006;

MAIA, Renato. **Da Horizontalidade dos Direitos Fundamentais**. In Revista da Faculdade do Sul de Minas – Edição especial de 2008, p. 107 a 126;

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010;

MARX, Karl. **O Capital**. Texto integral disponibilizado em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ma000086.pdf>, consultado em 18/10/2012;

MATTEDI, Cécile Raud. **A Construção Social do Mercado em Durkheim e Weber: Análise do Papel das Instituições na Sociologia Econômica Clássica\***. Revista Brasileira de Ciências Sociais, Vol. 20. N. 57, p. 127 a 208;

MATURAMA, Humberto. **Cognição, Ciência e Vida Cotidiana**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001;

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999;

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001;

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009;

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009;

MIRANDA, Ponte. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Editor Bolsoi, 1954;

MOLLO, Maria de Lourdes Rollemberg. **A concepção Marxista de Estado: Considerações sobre antigos debates com novas perspectivas**. In Economia Niteroi (RJ), v.2, n. 2, p. 347-389, jul/dez.2001;

MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. **Do Espírito das Leis** - Col. A Obra Prima de Cada Autor - Série Ouro. São Paulo: Martin Claret, 2001;

MONTORO, André Franco. **Estudos de Filosofia de Direito**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995;

MOTOYAMA, SHOZO. **Educação técnica e tecnologia em questão**. São Paulo: ed.Unes, 1995;

NALINI, José Renato. **Filosofia e Ética Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008;

NASPOLI SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra; e BENACCHIO, Marcelo. **A efetivação dos Direitos Humanos sociais no espaço privado**. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIUNCULA, Marcelo. *A problemática dos Direitos Humanos fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Unoesc, 2012;

NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma Administrativa e Burocracia: Impacto da Eficiência na Configuração do Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2011;

NUNES, António José Avelãs. **Uma leitura crítica da actual crise do capitalismo**. Texto integral disponibilizado em <http://hdl.handle.net/10316/15563>, consultado em 18/05/2013;

\_\_\_\_\_. **As voltas que o mundo dá... Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social**. Brasília: Editora Lumen Júris. 2011;

\_\_\_\_\_. **Uma Introdução À Economia Política**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A publicidade comercial dirigida ao público infantil.** in Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. Coordenação: Ives Gandra Martins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 842 a 846);

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_, **Fundamentos para uma Codificação do Direito Econômico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995;

PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo. **Da análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade.** Prisma Jurídico, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 179-206, jan./jun. 2012;

PASCHOAL, Bruno Vinícius Luchi. **PUNIÇÃO, RECOMPENSA, PERSUASÃO E AJUDA: Estratégias regulatórias a partir do caso Nota Fiscal Paulista.** Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2012. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10380>, consultado em 19/07/2013;

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **De Volta ao Capital Mercantil.** In Maria Angela D'Incao, História e Ideal: Ensaio sobre Caio Prado Jr.. São Paulo, Brasiliense, 1989: 279-297. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1988/88b-CapitalMercantil.pg.pdf>, consultado em 03/08/2013;

PEREZ, Viviane. **Função Social da Empresa.** Disponível in <http://www.lrbarroso.com.br/web/pt/artigos/artigos.htm>, consultado em 07/02/2013;

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

PIMENTA, Eduardo Goulart e LANA, Henrique Avelino R. P. **Análise Econômica do Direito e sua Relação com o Direito Civil Brasileiro.** Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul./dez. 2010;

PINHO, DIVA BENEVIDES e VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de. **Manual de Economia.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998;

PIOVESAN, Flávia. **Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos.** Cadernos de Pesquisa, São Paulo, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>. Consultado em 20/07/2013;

PLATÃO. **Teeteto.** Tradução Carlos Alberto Nunes. Versão digital de autoria do grupo Acrópolis de estudos filosóficos. Acesso em 02/11/2012;



POSNER, Richard. **Para Além do Direito**. Tradução de Evandro Ferreira da Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009;

POULANTZAS. Nicos. **Poder Político e Classes Sociais**. Tradução de Francisco Silva. São Paulo: Martins Fontes, 1977;

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed., 8ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010;

\_\_\_\_\_. **Lições Preliminares de Direito**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996;

RIEFFEL, Luiz Reimer Rodrigues. **Um Mundo Refeito: O consequencialismo na análise econômica do Direito de Richard Posner**. Dissertação de Mestrado – UFRS, 2006, disponível in <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/8053>, consultado em 08/01/2013;

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Globalização, Democracia e Crise**. In. Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – visão Luso-Brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006 p. 275-310;

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 3ª ed. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1996;

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008;

SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012ª;]

\_\_\_\_\_. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012;

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez, 2010;

\_\_\_\_\_. **Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos**. In: Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 48, 1997, pp. 11-32. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ln/n39/a07n39.pdf>, consultado em 20/07/2013;

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª . ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006;

SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalidade da Restrição da Publicidade de Alimentos e de Bebidas não Alcoólicas voltada ao Público Infantil**. Parecer jurídico emitido em 2012, disponível em [http://biblioteca.alana.org.br/banco\\_arquivos/arquivos/Parecer\\_Virgilio\\_Afonso\\_6\\_7\\_12.pdf](http://biblioteca.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/Parecer_Virgilio_Afonso_6_7_12.pdf), consultado em 26/02/2013;

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; e ROCASOLANO, Maria Mendez. **Os Direitos Humanos: Conceitos, Significados E Funções**. São Paulo: Saraiva, 2010;

SMITH, Adam. **Riqueza das Nações**. Tradução Roberto de Paula Lima. São Paulo: Editora Hemus, 2007;

TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil e o direito civil-constitucional**. In temas de Direito civil, t.II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

UNICEF. **A UNICEF Guide for Monitoring and Evaluation Making a Difference?**. New York, 1990. Disponível em <http://preval.org/documentos/00473.pdf>. Acesso em 20/10/2013;

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Humanos: normativa internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2001;

WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**. 2ª ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001.

ZANIN NETO, Armando. **Direitos Fundamentais, Propriedade Intelectual e sua Função Social: O licenciamento compulsório de medicamentos**. Anais XVIII Encontro Nacional do CONPEDI, Maringá, 2009. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais.php>. Acesso em: 16/07/2013. ISSN: 978-85-7840-023-1.