

**UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO**

Programa de Mestrado em Direito

**ANDRÉ VINÍCIUS DA SILVA MACHADO**

**A SANÇÃO PREMIAL COMO INSTRUMENTO DE CORREÇÃO DA  
ATUAÇÃO DA EMPRESA DISFUNCIONAL NO MERCADO**

UNINOVE - SP

2013

**ANDRÉ VINÍCIUS DA SILVA MACHADO**

**A SANÇÃO PREMIAL COMO INSTRUMENTO DE CORREÇÃO DA  
ATUAÇÃO DA EMPRESA DISFUNCIONAL NO MERCADO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Universidade Nove de Julho – UNINOVE, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE na Área de Concentração Justiça, Empresa e Sustentabilidade, sob a orientação do Professor Doutor Marcelo Benacchio.

UNINOVE - SP

2013

**ANDRÉ VINÍCIUS DA SILVA MACHADO**

**A SANÇÃO PREMIAL COMO INSTRUMENTO DE CORREÇÃO DA  
ATUAÇÃO DA EMPRESA DISFUNCIONAL NO MERCADO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Universidade Nove de Julho – UNINOVE, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE na Área de Concentração Justiça, Empresa e Sustentabilidade, sob a orientação do Professor Doutor Marcelo Benacchio.

Aprovada em: \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

*Aos meus pais Carlos e Wilma que sempre souberam e acreditaram nos estudos e nunca mediram esforços para a realização de tais objetivos*

## AGRADECIMENTOS

A Deus, aos meus pais, Carlos e Wilma, por todo o incentivo necessário durante esta empreitada, e principalmente por uma determinação em oferecer a mim e a minha irmã todo e qualquer recurso irrestritamente para uma boa formação humana.

À Thais Fernanda, minha irmã e amiga em quem tenho também um exemplo de pessoa, bem como uma inspiração acadêmica.

Aos meus avós, principalmente, meu avô Mario, que tenho como exemplo de caminho a seguir, sempre lutando para conseguir os fins pretendidos através de muito foco e trabalho.

Ao meu grande professor e notável orientador Marcelo Benacchio, que nos últimos anos se transformou num verdadeiro amigo. Obrigado não só pelos ensinamentos jurídicos e sociais, como pela paciência e atenção que sempre me foi dispensada, principalmente pela exaustiva dedicação, inclusive no tardar das noites e fins de semana, que muitas vezes o privaram do convívio familiar.

Aos professores do programa de Mestrado da UNINOVE, a quem na pessoa dos professores Vladmir Oliveira da Silveira, nosso grande coordenador, e da Professora Monica Bonetti Couto, agradeço a todos pelo conhecimento que transmitiram e exemplo na docência que sempre conservarei comigo.

Ao meu grande amigo, irmão que a vida me concedeu na figura de amigo, Maurício Bunazar com quem debati, aprendi, aconselhei-me por toda a carreira jurídica e pelos ensinamentos que valem para toda uma vida.

Aos meus amigos Rafael e Guilherme Abdulmassih, Daniel Longo, Rafael e Ricardo Steinmetz, Fábio Maurício, Anali Buratin, André Moutte, Rubens Ferreira Junior, Priscila Ferreira, Tatiana Longo, Vanessa Ripari e Cristiana Eugênia Nese pelas reflexões compartilhadas e apoio durante a confecção deste trabalho.

Aos demais colegas e amigos que fiz nesse curso de mestrado, a quem vou agradecer na pessoa de meu amigo e parceiro de orientação e grupos de estudos, Mauricio Testoni, que são pessoas extraordinárias, as quais sofreram e compartilharam das mesmas aflições.

A equipe da AUS – Advocacia Ubirajara Silveira, por todas contribuições, solidariedade e companheirismo.

Ao meu grande mestre e mentor, Rubens Ferreira que diariamente ensina-me a enxergar a advocacia de uma forma bonita e romântica, e que em um momento aceitou transformar esse estudante em advogado.

À querida Nádia Abdallah, pelo amor, incentivo e tranqüilidade, que muito contribuiu para o êxito desta meta.

Ao meu sócio Américo Mendes, que sempre foi o amigo e parceiro para que esse trabalho pudesse se tornar realidade e a certeza que uma sociedade não é apenas um documento em papel e sim um sentimento que une as pessoas, como o elo das correntes.

A todos que, de alguma forma colaboraram para a realização deste projeto.

## **RESUMO**

O objetivo desta dissertação de mestrado é a demonstração de que a Empresa no desenvolver de suas atividades e na busca legítima do lucro, realiza prestações sociais concretizando a ideia de função social, fazendo jus a um tratamento jurídico diferenciado, em respeito ao princípio da igualdade material.

Desta forma, a Empresa inserida no ambiente de mercado, percebe a necessidade de realizações de caráter humanitário, social, distributivo e prestacional, em contrapartida atua na busca por sua excelência e primazia perante o mercado adotando práticas não muito convenientes ao momento prestacional e assistencial, mas calcado na interpretação da lei.

Ao longo do desenvolvimento da pesquisa foi apresentado o modelo de sanções premiais como uma possível solução, um remédio contra as desigualdades, para conduzir a empresa a práticas de cunho prestacionais objetivando alcançar um bem coletivo maior: o bem comum.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sanção – Sanção Premial – Empresa – Mercado - Função Social – Disfunção.

## **ABSTRACT**

The purpose of this dissertation is the demonstration that Company/enterprise in developing its activity and legitimate pursuit of profits, performs benefit materializing the idea of social function, are entitled to a different legal treatment, even in regard to the principle of material equality.

Thus, the company entered into the market environment, realizes the need for humanitarian achievements, social and distributional prestacional in return acts in pursuit of excellence and primacy to the market by adopting practices not very convenient at the prestacional and welfare time, but grounded in interpretation of the law.

Throughout the development of the survey was presented the model sanctions premials as a possible solution, a remedy against inequality, to conduct the company the imprint prestacionals practices to achieve a greater collective good: the common good.

KEYWORDS : Sanction - Sanction Premial - Enterprise - Market - Social Function - Dysfunction .

# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
Capítulo I – Categorias Fundamentais para a Compreensão da Relação entre Direito e Economia .....	13
1.1. A Sociedade Contemporânea para se compreender a relação Direito versus Economia .....	13
1.2. O fenômeno da funcionalização das categorias jurídicas a partir da noção de sistema.....	18
1.3. A categoria empresa no direito positivo brasileiro.....	24
1.4. Função social da empresa .....	34
Capítulo II – A Ciência Econômica como Instrumental para Realização do Anseio Máximo do Direito: a Dignidade da Pessoa Humana .....	43
2.1. Relação entre direito e economia: a chamada <i>Law and Economics</i> .....	43
2.2. O ambiente social da empresa: o mercado.....	52
Capítulo III - A Resposta do Direito em face da Disfunção Social da Empresa .....	59
3.1. As sanções predispostas pelo direito positivo brasileiro em caso de disfunção social	59
3.2. Função Promocional do Direito .....	63
3.3. Consequências da disfunção social da empresa .....	67
3.4. Solução proposta: as sanções premiais como remédio contra a desigualdade.....	69
CONCLUSÃO .....	77
REFERÊNCIAS .....	79

## INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea, chamada por alguns de pós-moderna, é de difícil caracterização, talvez até em razão de uma sua característica indiscutível: a hipercomplexidade.

A hipercomplexidade social decorre de inúmeros fatores, entre os quais, pensamos, destaca-se o pluralismo social e um seu corolário, qual seja a ausência de compartilhamento de valores (*absence of shared values*). À maneira haideggeriana, pluralismo social pode ser fundamentalmente compreendido como a coexistência fática de vários *modos-de-ser-na-sociedade*, o que evidentemente acarreta conflitos de interesses.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou entre nós a democracia, fazendo constar expressamente de seu preâmbulo o anseio de construir uma sociedade pluralista, estipulando, ainda, como fundamento de nossa República Federativa o pluralismo político.

Uma sociedade plural, tal como o pluralismo político, não se resume à ideia de pluralidade de partidos políticos, mas, antes e principalmente, se refere à pluralidade de ideologias, de formas variadas de ver o mundo e ser no mundo.

A sociedade pluralista constitucionalmente prevista, e constantemente buscada é a sociedade que respeita a pessoa humana e sua liberdade. Optar, pois, por uma sociedade pluralista significa acolher uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinônicos, que busca a harmonia social preferindo a solução pacífica dos possíveis conflitos e controvérsias

A construção de uma sociedade plural e, portanto, complexa exigirá a criação de um direito igualmente complexo, capaz de atender aos anseios sociais cada vez mais variados.

Disso decorre a constatação de que o Direito não pode mais isolar-se da realidade social e pretender resolver unilateralmente todo e qualquer conflito social, ao contrário, deve, antes, buscar subsídios em todas as disciplinas que tenham por objeto o homem, entre as quais se destaca a economia.

Desse modo, buscar-se-á nas linhas seguintes desenvolver uma análise da inter-relação entre direito e economia tendo por pano de fundo a empresa. Com isso, pretende-se demonstrar que o direito positivo brasileiro, embora seja insuficiente para sancionar a disfunção social da empresa, conta com aparato satisfatório para premiar e, consequentemente, estimular a concretização da função social por ela.

O objeto deste trabalho está focado na inter-relação existente entre direito e economia tendo por pano de fundo a empresa. Assim, distribuídos em três capítulos,

abordaremos características e aspectos específicos mínimos destes elementos para tornar possível o entendimento mínimo a respeito de cada um deles.

O primeiro capítulo fará uma abordagem no que se refere a relação entre Direito e Economia na sociedade contemporânea. Para tanto, necessário se faz abordar o fenômeno da funcionalização das categorias jurídicas a partir da noção de sistema, traremos a baila a definição de sistema que resulta na forma de organização da sociedade segundo os conceitos derivados tanto da sociologia, quanto da economia e do enfoque jurídico.

Delimitados os principais aspectos da inter-relação Direito e Economia, e apresentado o fenômeno sistêmico, traremos as definições multidisciplinares de empresa, uma vez que a este termo é de suma relevância para alcançarmos o objetivo da dissertação proposta. Para realizar esta difícil tarefa tomaremos por base os conceitos adotados tradicionalmente pela Administração e Sociologia para aferirmos o seu significado nos termos do direito positivo brasileiro.

Aferido o significado jurídico da categoria empresa abordar-se-á a função social da empresa, apontando conceituação, aplicabilidade tomando por base os estudos sobre a função social da propriedade.

Quanto ao segundo capítulo é dedicado à intersecção entre a ciência econômica como instrumento para realização da dignidade da pessoa humana que é o anseio máximo do Direito. Far-se-á uma explanação concernente a relação entre direito e economia, sintetizada pela expressão “Law and Economics” para adentrar no o ambiente social da empresa expresso pelo termo mercado.

Por fim, o terceiro e último capítulo propõe uma análise sobre a disfunção social da empresa. Quando a empresa não cumpre sua função social há consequências, partindo deste pressuposto analisaremos brevemente as sanções predispostas pelo direito positivo brasileiro nos casos em que se verifica a ocorrência da disfunção social da empresa, culminando com a apresentação das sanções premiais como uma solução viável contra a desigualdade no tratamento dado as empresas.

Ainda, de modo mais ousado, buscar-se-á demonstrar que a empresa que, por meio de prestações sociais, cumpre o dever de concretizar a função social tem direito subjetivo a tratamento mais favorável, como imperativo de igualdade material para, contudo conseguir realizar ao indivíduo a transferência de liberdades

substantivas condizentes ao que pretende e entende-se como desenvolvimento integral objetivando alcançar a dignidade da pessoa humana.

Para desenvolvermos esta pesquisa, utilizaremos o método científico-dedutivo e a pesquisa bibliográfica. Exploraremos especificamente a função social da empresa em face do princípio da dignidade humana visto que o objetivo da nossa pesquisa é contribuir com a discussão sobre a aplicação da sanção premial como uma forma eficiente de concretizar o cumprimento da função social da empresa. Essa análise irá se encerrar com a problemática da aplicabilidade da sanção premial como um remédio contra as desigualdades, para conduzir a empresa a práticas de cunho prestacionais objetivando alcançar o bem comum.

## Capítulo I – Categorias Fundamentais para a Compreensão da Relação entre Direito e Economia<sup>1</sup>

### 1.1. A Sociedade Contemporânea para se compreender a relação Direito versus Economia

Da constatação de que o Direito não podia mais isolar-se da realidade social e pretender resolver unilateralmente todo e qualquer conflito social, ao contrário, deve, antes, buscar subsídios em todas as disciplinas que tenham por objeto o homem, entre as quais se destaca a economia.

Desta forma, sendo o direito e a economia duas ciências de uma sociedade hipercomplexa, denominada por alguns de pós-moderna<sup>2</sup>, que faz-se necessária a demonstração de como tal sociedade se formou, sendo dedutível a maneira de como ela deve atuar em prol de seu desenvolvimento<sup>3</sup> coletivo e responsável, para se auferir o máximo de condições e as necessárias liberdades substantivas<sup>4</sup>.

Por liberdades substantivas Amartya Sen ensina que é a conjugação das liberdades dos indivíduos e os seus elementos básicos de constituição. Neste sentido, “[...] atenta-se particularmente para a expansão das “capacidades” (Capabilities) das pessoas de levar o tipo de vida que elas valorizam – e com razão. Essas capacidades podem ser aumentadas pela política pública, mas também, por outro lado, a direção da política pública pode ser influenciada pelo uso efetivo das capacidades participativa do povo” (...) “as liberdades individuais substantivas são

<sup>1</sup> Por opção metodológica cita-se extensamente no decorrer da dissertação para evitar mudar o sentido dado pelo autor ao transliterar.

<sup>2</sup> Cf Habermas, em contraponto aos defensores da pós modernidade Bauman, Lyotard e Foucault, Considera que o termo pós modernidade é inadequado, pois o projeto chamado de modernidade ainda não teria acabado. (Habermas, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*, São Paulo: Martins Fontes ) e no mesmo sentido artigo da Universitat de Lês Illes Balears. Disponível em : <http://fci.uib.es/Servicios/libros/veracruz/ines/A-critica-a-pos-modernidade.cid210346>. Acessado em 02/11/2013.

<sup>3</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento Como Liberdade*; tradução Laura Teixeira Mota; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes – São Paulo: Companhia das Letras, 2010

<sup>4</sup> Amartya Sen ensina ainda “Ter mais liberdade para fazer as coisas que são justamente valorizadas (i) importante por si mesmo para a liberdade global da pessoa e (ii) importante porque favorece a oportunidade de a pessoa ter resultados valiosos” ... ... “A segunda razão para considerar tão crucial a liberdade substantiva é que a liberdade não é apenas a base da avaliação de êxito ou fracasso, mas também um determinante principal da iniciativa individual e eficácia social. Ter mais liberdade melhora o potencial das pessoas para cuidar de si mesmas e influenciar o mundo, questões centrais para o processo de desenvolvimento. A preocupação aqui relaciona-se ao que podemos chama (correndo o risco de simplificar demais) o “aspecto da condição de agente” (*agency aspect*) do indivíduo.” – texto extraído do livro Desenvolvimento como Liberdade pág. 33, onde o autor faz referência às suas leituras acerca de Kenneth Arrow, incluídas noutra obra “*Freedom, rationality and social choice*”

*consideradas essenciais, pois o êxito de uma sociedade deve ser avaliado segundo as liberdades substantivas que seus membros desfrutam. Essa posição avaliatória difere do enfoque informacional de abordagens normativas mais tradicionais, que se concentram em outras variáveis, como utilidade, liberdade processual ou renda real”.*

A sociedade contemporânea está organizada em grupos sociais que tem interesses diversos. Cada grupo tem valores próprios necessitando cada vez mais de normas ou leis especiais que propiciem um ambiente harmônico, no entanto, o resultado é oposto, uma vez que a quantidade de normatizações tende a quebrar a unidade do mundo do direito. Sobre esta característica do Direito contemporâneo, Antonio Junqueira de Azevedo escreveu que:

“[...] hoje, são vários os grupos sociais, justapostos uns aos outros, todos dentro da mesma sociedade mas sem valores compartilhados (shared values), e cada um querendo uma norma ou lei especial para si -, quer formais- com um sem-número de leis, decretos, resoluções, códigos deontológicos, visos, etc. – quebram permanentemente tendência à unidade do mundo do direito. Em terceiro lugar, finalmente, também a inter-ação, o ir-e-vir no mesmo nível, semelhante a um mecanismos cibernetico, tudo, no direito, sendo atualmente objeto de negociação (inclusive a Constituição e as leis), vai contra a concepção hierárquica – quando não, aristocrática – que o estamento jurídico tem da justiça. O jurista vê-se assim, hoje, confrontando com uma realidade que o desgosta; afinal – amplificando o que foi dito - , a razão, com o nome de “motivação”, é exigida em todos os atos do Estado (inciso IX do art. 93 da Constituição da República: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas decisões”; inciso X: “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas”) e, agora, vêm filósofos e justifilósofos desconstruir toda essa milenar convicção na capacidade da razão!”<sup>5</sup>

Antonio Junqueira de Azevedo segue em suas colocações induzindo a reflexão sobre a certeza da objetividade do direito conforme segue:

“A desconstrução (Derrida, 1977) usa a razão e agride o jurista tradicional; por exemplo: a decisão judicial se impõe porque é emanada do Poder, ato de autoridade, portanto – e é somente parte do jogo jurídico, uma simulação coletiva, entender que a sentença é obra de “prudência”. Ou ainda: todos sabem quem a lei obriga porque é promulgada por quem tem comando (auctoritas, non veritas, facit legem – Grotius) e é um faz-de-conta dos juristas argumentar com a lógica, como se a lei devesse ser obedecida porque é “de razão”. Ah, maldita razão que tudo quer desmistificar! Até onde irão um Rorty, com seu neopragmatismo antiessencialista,

---

<sup>5</sup> Azevedo, Antônio Junqueira de. O Direito Pós-Moderno e a Codificação. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). v. 94, 1999. p. 4.

e um Derrida, com sua desconstrução? O que será da certeza e da objetividade do direito?”<sup>6</sup>

Asseverando que a necessidade de garantias à uma nova realidade social, já como um presente, mas carecedora de mudanças que aconteciam e estavam por vir, baseada em cartas constitucionais modernas, assistencialistas, garantidoras e principalmente humanitárias.

Por mais antigo e longínquo que pode ser tal enfoque, um ponto de partida ideal para se compreender o momento prestacional ganha formas e contornos com o surgimento do constitucionalismo do século XVIII, o qual veio para responder e colocar um ponto derradeiro quanto aos abusos e a falta de limites dos governantes e do Estado na Idade Média.

“Tal falta de limites conjugada com os excessos comuns da Idade Média, foi embrionária para o surgimento da ideia de se limitar o poder do Estado em favor do cidadão, e adiantando ainda como ideal de que o Estado desse garantir condições mínimas à sua população, por quem é diretamente responsável, uma vez que retira grande parte, senão a totalidade de seus recursos desta. O momento foi marcante, pois provocou o aparecimento nas cartas, constituições e declarações de direitos, os ditos remédios e garantias constitucionais verdadeiramente assistencialistas, mesmo que ao primeiro momento sejam exclusivamente protetoras. Foi nesse momento que se deu o surgimento dos direitos humanos de 1<sup>a</sup> Geração, também conhecidos como direitos negativos, para Lewandowski<sup>7</sup> esse momento foi o surgimento do Constitucionalismo: “A constituição Americana de 1787 e a francesa de 1791, que incorporaram, respectivamente, a Bill of Rights e a Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão, aprovadas em 1789, foram os marcos iniciais daquilo que os tratadistas convencionaram chamar de constitucionalismo moderno. Esse conceito identifica uma nova fase na evolução das instituições jurídico-políticas, desencadeada a partir de fins do século XVIII, na qual o poder estatal passou a ser limitado por um conjunto de regras escritas, estabelecido pelos cidadãos, superior ao próprio Estado.”

Esses limites através do Direito, impostos ao Poder Estatal, também conhecidos como direito de salvaguarda, pois não interfeririam na relação com o

---

<sup>6</sup> Azevedo, Antônio Junqueira de. O Direito Pós-Moderno e a Codificação. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). v. 94, 1999. p. 4.

<sup>7</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. In Silveira, Vladmir Oliveira e ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos Humanos, conceitos, significados e funções*. São Paulo, Editora Saraiva, 2010. p.147

indivíduo particular, sob pena de ser considerado ilegítimo, ou mesmo inconstitucional. Esses são os direitos humanos de 1ª Geração.<sup>8</sup>

Apenas fazendo um termo, com o aparecimento e mesmo com o incremento e reconhecimento das liberdades públicas negativas ou direitos negativos, às constituições que existiam ou estavam a surgir, é certo que o reconhecimento a tais direitos tornou-se algo com a particularidade e ótica de cada Estado constitucional, perdendo momentaneamente sua generalidade e universalidade.

Numa corrente de estudos contemporânea, que tem como expoente o professor Marcelo Neves, defende-se a necessidade de diálogo e conveniência para que uma ordem constitucional não se sobreponha sobre outra, sejam elas estatais, transnacionais, internacionais e supranacionais em torno dos mesmos problemas de ordem constitucional. Como resultado, o autor demonstra que a saída eficaz para a solução dos casos concretos é o dialogo, evitando sempre a imposição que seria uma situação extrema<sup>9</sup>.

Nesta corrente de pensamento os direitos humanos de segunda dimensão sendo esta a dimensão que trata dos direitos sociais, culturais e econômicos, uma vez que o receptor de tais direitos é o cidadão inserido numa coletividade e não o cidadão como indivíduo isolado, isto foi nomeado muitas vezes de direitos *prestacionais*.<sup>10</sup>

O surgimento e reconhecimento de um Direito de cunho prestacional, deu-se por razão dos movimentos sociais e econômicos que o mundo ao final do século XIX e início do século XX estava passando; esta dimensão de direitos humanos foi defendida e moldada por aqueles que reconheciam o dever do Estado proteger os mais necessitados e menos afortunados, buscando um equilíbrio, um viés de igualdade social.

---

<sup>8</sup> SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos Humanos – Conceitos, Significados e Funções* – São Paulo, Ed. Saraiva, 2010. p. 25

<sup>9</sup> Transconstitucionalismo é o que Marcelo Neves define como “a mesma questão de natureza constitucional ser enfrentada concomitantemente por diversas ordens, estas também de natureza constitucional, devendo a saída ser a interpretação através de um dialogo salutar e eficaz à solução e sempre que necessário evitar as regras e formas de imposição”. Cf. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009; Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-12/fimde-entrevista-marcelo-neves-professor-conselheiro-cnj>> Acessado em 02/11/2013.

<sup>10</sup> SILVEIRA, Vladmir Oliveira da, ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos Humanos – Conceitos, significados e funções* – São Paulo, Ed. Saraiva, 2010.

Não é surpresa que as constituições que surgiram em tal período tinham um grande enfoque na coletividade, no reconhecimento de proteção social, cultural e econômica. Destaca-se o aparecimento de um constitucionalismo social através das constituições Mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919, que eram ferramentas ideais para a nova realidade econômica e social que tinha surgido e estava a fortalecer-se já na primeira metade do século passado.<sup>11</sup>

Nas palavras de João Bosco Leopoldino da Fonseca, de acordo com o mundo no momento da realização da Constituição Mexicana (1917) e da carta de Weimar (1919) e, mundo este em crise, abalado por uma grande guerra e estando o momento propício à realização de revoluções e revoltas expôs:

“As Constituições do México de 1917 e a de Weimar de 1919 foram uma resposta no plano do Direito positivo às novas exigências de um Direito novo, de um novo instrumento, que fosse eficaz e eficiente nas mãos do estado, para dirigir a nova realidade econômica e social.”<sup>12</sup>

Após o término da II grande guerra mundial, que assolou o mundo de 1939 a 1945, começou-se a difusão da ideia de um direito de solidariedade, de respeito e ultrapassagem de fronteiras e limites de Estados; o planeta estava ao largo de uma nova dimensão de direitos, estes que mantinham a proteção da pessoa humana, continham grande carga de assistencialismo e principalmente visavam uma solidariedade, que eram direitos almejados pelos indivíduos, com um viés difuso coletivo e visando um auto respeito e solidariedade; não seria surpresa pois o momento do surgimento destes, era o de uma Europa se reerguendo das ruínas da II Grande Guerra<sup>13</sup>, bem como da reconstrução do Japão, duramente bombardeado pelos Estados Unidos, nesse mesmo embate mundial.

No mesmo sentido, internamente no nosso Estado, procurou-se e perseguiu-se um modelo objetivando o alcance e a consagração através da atividade governamental voltadas a atender necessariamente a realização do bem comum, atribuindo-se a obtenção deste, correlatas à práticas prestacionais e

---

<sup>11</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito econômico*. 5 ed.. São Paulo: Forense, 2004. p. 12

<sup>12</sup> \_\_\_\_\_ *Direito econômico*. 5 ed. São Paulo: Forense, 2004. p.10

<sup>13</sup> II Grande Guerra Mundial – Conflito Armado de proporções mundiais ocorrido durante os anos de 1939-1945 – Nota do Autor.

complementares às que a lei já prescreve, conforme Hely Lopes Meirelles ensinou de maneira simples e direta:

“Política é a forma de atuação do homem público quando visa a conduzir a Administração a realizar o bem comum. (...) Rege-se – ou deve reger-se – por princípios éticos comuns e pelas solicitações do bem coletivo. Como atitude do homem público, a Política difunde-se e alcança todos os setores da Administração, quando os governantes – e aqui incluímos os dirigentes dos três Poderes – traçam normas ou praticam atos tendentes a imprimir, por todos os meios lícitos e morais, os rumos que conduzam a atividade governamental ao encontro das aspirações médias da comunidade”.<sup>14</sup>

Resta claro que o modelo de políticas públicas adotadas por nosso Estado atenta para a realização do bem comum fazendo uso de todos os meios para realizar tal intento respeitados os limites impostos pela ética e pelos princípios constitucionais.

## 1.2. O fenômeno da funcionalização das categorias jurídicas a partir da noção de sistema.

No ocidente com maior ou menor grau de intensidade, vale-se da noção de sistema para explicação e compreensão o fenômeno jurídico<sup>15</sup>, pois a sistematização é naturalmente um critério desenvolvido pelo pensamento humano, em face uma multiplicidade de fatores (um valor, uma causa, uma origem, um destino etc.) se interrelacionam.

A existência da multiplicidade de fontes formais, de uma maneira lógica conduz o jurista a procurar sistematizá-las para, consequentemente realizá-las. A continuação e o estudo quanto a ideia de sistema, torna-se consequentemente o critério adotado pelos juristas para caracterização e busca da sistematização.

Em síntese, distinguimos três momentos distintos acerca da noção de sistema, onde separados como: (i) o do sistema formal (ou sistema-manutenção); (ii)

---

<sup>14</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22ed. São Paulo : Malheiros . 1997, p. 34

<sup>15</sup> Sobre o tema, confira-se: Bobbio, Junqueira, Bunazar.

o da tópica ou negação do sistema e (iii) o do sistema material ou tópico – sistemático (sendo este, sistema-promoção).<sup>16</sup>

O sistema formal, como o modelo vigente a partir do qual se precisa evoluir, ou mesmo superar, é caracterizado por criar uma estrutura ao ordenamento jurídico, considerando única e exclusivamente o aspecto normativo, divorciando-se de qualquer outro aspecto ou fator que não o estritamente legal.

Dessa maneira, considera-se como fruto do racionalismo antropocentrista, que admite que a genialidade humana é, por si só, completa e suficiente para prever, vislumbrar e antever todas as ocorrências do mundo fenomênico

Max Weber<sup>17</sup> traz a definição do sistema formal:

“[...] a sistematização traduz a concatenação de todas as proposições jurídicas, **obtidas por análise**, de tal modo que elas formem, entre si, um sistema de regras **logicamente claro**, em si **livre de contradições** e, sobretudo e principalmente, **sem lacunas**, o que requer que **todos os fatos possam logicamente subsumir-se numa das suas normas**, ou caso contrário, a sua ordem abdica da garantia essencial”. (grifo nosso)

Para que se compreenda melhor tal definição e suas implicações, este trecho merece uma análise pormenorizada de suas partes. A primeira expressão digna de destaque seria “proposições jurídicas obtidas por análise”, denotando que o método eleito para obtenção das proposições jurídicas é o fornecido pelo racionalismo iluminista, vale dizer, a razão balizada na observação e experimentação.

O autor aponta posteriormente um sistema de regras “logicamente claro”, nesse ponto, deve se considerar que a lógica busca fornecer elementos para um raciocínio formalmente correto, sendo estranha ao seu objeto a preocupação com o resultado obtido.

Em seguida utiliza o termo “livre de contradições”, sendo importante ressaltar que a contradição é um vício no raciocínio formal, em que as conclusões decorrem

---

<sup>16</sup> BUNAZAR, Maurício. *O duplo tratamento legal do bem de família e suas repercussões práticas, Direito de Família e Sucessões. Temas atuais*, Coordenação de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce e José Fernando Simão, Ed. Método, 2009;

<sup>17</sup> Weber, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Max Weber; tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn - Brasília, DF Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. p. 17

de premissas. Já a locução “sem lacunas” representa o dogma da completude, pelo qual o sistema contempla todas as possibilidades decisórias, cabendo ao aplicador apenas encontrar a solução, sempre dentro do ordenamento.

Por fim, a frase “Todos os fatos possam logicamente subsumir-se numa de suas normas” refere-se ao fato de que o direito é obtido por dedução, vem “de cima pra baixo”, é um ato de autoridade que ignora qualquer peculiaridade do caso concreto sob o argumento de que todas as informações necessárias ao ato de julgar já foram fornecidas pelo legislador.<sup>18</sup>

Por assim ser, o sistema formal é o paradigma da modernidade.

Neste sentido, de acordo com Claus-Wilhelm Cannaris, sistema pode ser conceituado da seguinte forma:

“O papel do conceito de sistema é, no entanto, como se volta a frisar, o de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da norma jurídica.”<sup>19</sup>

Claus-Wilhelm Cannaris, traz em sua obra uma preocupação geral sobre o que seria um sistema, buscando numa primeira oportunidade uma conceituação geral ou filosófica, para posteriormente, e em um trabalho pormenorizado, buscar o que o sistema pode desenvolver e desempenhar no direito, este tido como ciência. Assim, o autor expõe uma série de definições, realizadas por diversos autores<sup>20</sup>:

Incialmente aborda o conceito geral de sistema ressaltando que deveria dominar uma concordância extensa, muito embora é preponderante a significação caracterizada por Kant como “*a unidade, sob uma ideia, de conhecimentos variados*” ou ainda “*um conjunto de conhecimentos ordenado segundo princípios*”

Ressalta Claus-Wilhelm Cannaris que as definições jurídicas afirmam essa caracterização e procura demonstrar com alguns exemplos, como dito

---

<sup>18</sup> Claus-Wilhem Canaris. *Pensamento Sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 5ed. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

<sup>19</sup> \_\_\_\_\_ *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*; Tradução de Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian. 2012. p.23

<sup>20</sup> Claus-Wilhelm Canaris refere-se a Friedrich Karl von Savigny, Rudolph Stammer, Binder, Hegler, Stoll e Coing. In.: Claus Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. p. 11.

anteriormente, apoiando-se nas afirmações de autores consagrados pela literatura jurídica, como segue:

“Assim, por exemplo, segundo SAVIGNY, o sistema é a «concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito numa grande unidade» (6), segundo STAMMLER «uma unidade totalmente coordenada» (7), segundo BINDER, «um conjunto de conceitos jurídicos ordenado segundo pontos de vista unitários» (8), segundo HEGLER, «a representação de um âmbito do saber numa estrutura significativa que se apresenta a si própria como ordenação unitária e concatenada» (9), segundo STOLL um «conjunto unitário ordenado» (10) e segundo COING uma «ordenação de conhecimentos segundo um ponto de vista unitário»”

Dar-se-á destaque a definição de sistema apresentada por Friedrich Karl von Savigny<sup>21</sup>, por referir-se diretamente aos institutos jurídicos, nosso objeto de estudo “[...] o sistema é a concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de direito numa grande unidade.” Corroborando com essa ideia, no entanto de forma mais generalista e sucinta Rudolph Stammler<sup>22</sup> define sistema como “uma unidade totalmente coordenada”.

O ponto central de todas as citadas definições são de que o sistema possui caráter de ordenação e de unidade, estando estas duas novas definições interligadas uma a outra, porém ambas possuem características para se separarem, como uma ruptura.<sup>23</sup>

Mauricio Bunazar<sup>24</sup>, traz um sucinto e moderno entendimento do que é o sistema formal: “É um sistema-mantenção na medida em que conserva um *status quo* ao tentar aprisionar a realidade fenomênica em suas prescrições dadas a priori”.

---

<sup>21</sup> Savigny, Friedrich Karl von. Metodología jurídica. Tradução do alemão para o espanhol J. J. Santa-Pinter, tradução para o português Hebe A-M. Caletti Mareco. Edicamp: Campinas, SP, 2001. p. 29

<sup>22</sup> STAMMLER, Rudolph. Economía y derecho según la concepción materialista de la historia. 4. Ed. Madrid: Editorial Réus, 1929. p. 26.

<sup>23</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*; Tradução de Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian. 2012, p.12

<sup>24</sup>BUNAZAR, Maurício. Taxonomia da Sanção Civil: para Caracterização do Objeto Da Responsabilidade Civil. RIDB - Revista do Instituto do Direito Brasileiro - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – PORTUGAL. Ano 1, nº 2, 2012. 639-649. p. 642. Disponível em <<http://www.idb-fdul.com/>> Acessado em 11/10/2013.

O dilema dos juristas é conseguir efetivar a aproximação do Direito com a sociedade, promovendo o que Gofredo Telles<sup>25</sup> chamou de negação dialética, isto é, adotar e manter o que é útil e abandonar e inutilizar o que não funciona mais, acarretando assim, notoriamente, uma evolução.

Contudo, e também admitindo aquilo que Karl Larenz<sup>26</sup> chamou de adoração e vocação dos juristas por um sistema *conceitual-abstrato*, uma corrente de pensamento francesa buscou mudar paradigmas acerca da ideia de sistema, construindo seu raciocínio de que uma decisão judicial deve ser proferida de acordo e com vistas no problema concreto, algo que exista no mundo fenomênico e não apenas abstratamente.

Tal raciocínio valoriza o empirismo, antigamente descrito na Tópica de Aristóteles, sendo repensado por Theodor Viehweg<sup>27</sup>, que o apresenta como uma maneira de construir o raciocínio pensando indutivamente, partindo de pontos de vistas confirmados, e atingindo assim uma solução, dentre outras que podem ser possíveis, para aquele problema.

Theodor Viehweg reforça que a Tópica é uma forma de solucionar aporias – isto é, conflito entre mais de duas soluções acerca do mesmo problema: “A tópica pretende proporcionar orientações e recomendações sobre o modo como se deve comportar numa determinada situação caso não se queira restar sem esperança.”

A tópica de Theodor Viehweg é uma saída ao pensamento sistemático formal, o que fica evidente quando o autor fala em sistema dedutivo que “assume a decisão e decide por si só sobre o sentido de cada questão”<sup>28</sup>. A tópica é uma ferramenta de larga utilização e muito útil quando se visa a solução de casos concretos. Contudo, deve ser colocada como uma aliada ao sistema jurídico, pois se assim não o for, poderiam ser encontradas soluções que estariam em desacordo com as estruturas axiológicas do ordenamento e assim embora fossem soluções, seriam estas inconsistentes com o ordenamento jurídico.

---

<sup>25</sup> TELLES JÚNIOR, Gofredo. *Direito Quântico*. Ed. Juarez Oliveira: 2006. p. 47

<sup>26</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução José Lamego. 4<sup>a</sup>Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2005, p. 621

<sup>27</sup> VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 2008. p.44

<sup>28</sup> \_\_\_\_\_ *Tópica e Jurisprudência*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 2008. p. 45

Pela noção de sistema material que é encontrado um meio termo entre o pensamento sistemático e o problemático, aqui denominado Tópica. O sistema material ou tópico-sistemático rompe, dessa maneira, as barreiras do sistema formal, pois admite ter por objeto não apenas uma dada estrutura de enunciados linguísticos, mas uma preocupação maior, ética com o justo no caso concreto.

Nesta trilha, o sistema material é chamado também como tópico-sistemático, pois as soluções e respostas encontradas não decorrem única e exclusivamente do sistema considerado isoladamente. É conveniente evidenciar que o realizador do direito utilize-se do sistema, mas fica obrigado a admitir e considerar as peculiaridades existentes do caso concreto antes de ocorrer a produção na norma jurídica.

Entende-se por bem nominar tal sistema, de sistema-promoção, pois o Estado Democrático de Direito tem caráter de interventor na medida em que pretende alcançar certa estrutura social, considerada e almejada como ideal, e não ficar preso às amarras de uma situação anterior - *status quo*. Neste momento, deve o direito agregar uma nova função à sua estrutura, sendo esta promocional.

Buscando-se resumir o que seria uma função promocional, entende-se a partir da lição de Norberto Bobbio<sup>29</sup> que a existência da função promocional decorre de um comportamento esperado, almejado ou pretendido, e da pressão sobre o que se deve ou não fazer para a existência de tal comportamento voltado a um resultado. De acordo com este, fica configurada ou não o estabelecimento de uma função promocional. Assim, todos os institutos do Direito e, por consequência, o próprio sistema, possuem uma função social que transborda os limites do mero direito subjetivo, categoria que bastou para momentos históricos do passado, mas que se mostra incompleta e incapaz, por si só, de promover e proporcionar a feitura e realização de valores reconhecidos expressamente e princípios declarados pela Constituição Federal.

---

<sup>29</sup>BOBBIO, Norberto, *Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito*; tradução de Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Editora Manole, 2007. p.32

Assim, ao estabelecer como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil<sup>30</sup> construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, a ordem constitucional doa fundamento axiológico e dogmático para a promoção e desenvolvimento da funcionalização das categorias jurídicas, que devem desta forma servir como meio para que se alcance os valores sociais expressos ou implícitos na Carta Magna.

Tal questão demonstra uma nova forma de se enxergar o Direito, encarando e compreendendo seus institutos jurídicos, pois sem abandono da visão estruturalista responsável por responder o que é o Direito, persegue-se uma análise funcional, ou seja, busca-se saber para qual finalidade serve o Direito.

### 1.3. A categoria empresa no direito positivo brasileiro

Antes de se falar em função social da empresa, faz-se necessária uma breve introdução acerca do tema. A tarefa que propomos tratar neste item é árdua, pois buscaremos conceituar primeiramente o termo empresa. Para tal tomaremos o conceito multidisciplinar que tradicionalmente encontra respaldo na Administração e Economia enquanto ciência. No que concerne à busca da significação jurídica nos respaldaremos no disposto no Código Civil e na doutrina.

Adotamos este corte metodológico que nos permite elencar de forma didática e sintética o conteúdo deste instituto que faz parte do cotidiano da sociedade contemporânea e que de certa maneira, determina como se dá as relações entre os particulares, muitas vezes moldando o desenvolvimento a partir da realidade fática.

Primeiramente, para buscar o alcance do significado traremos os termos do Art. 966 do Código Civil de 2002, no qual o legislador concede atenção especial à figura do empresário que norteará a conceituação do signo empresa:

---

<sup>30</sup>Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

“Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”

Por empresário Fábio Ulhoa Coelho<sup>31</sup> ensina que:

“Empresário é definido na lei como o profissional exercente de “atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (CC, art. 966). Destacam-se da definição as noções de profissionalismo, atividade econômica organizada e produção ou circulação de bens ou serviços.”

Quanto à definição de empresa, mesmo constando como elemento central da atividade empresarial, o legislador não lhe confere atenção necessária para defini-la, deixando tal papel complementar para a doutrina.

Ao deixar para a doutrina tal definição, o legislador admitiu que poderia conferir maior liberdade aos doutrinadores, para que estes, na razão de seus estudos, pudessem exprimir assim a melhor definição para uma empresa. Desse modo, admitiu-se o que Eros Roberto Grau<sup>32</sup> pontuou como “liberdade econômica”, ou “liberdade de iniciativa econômica”, em que os princípios interpretados que atendem à empresa ou ao direito de empresa, devem servir única e exclusivamente para o liberalismo econômico, ou mesmo para liberdade e desenvolvimento apenas da empresa.

O acerto foi a interpretação de Eros Roberto Grau dissociar este raciocínio, do capitalismo, atendendo uma coletividade como um todo, ou seja, atender a atividade comercial, em todos os seus agentes, buscando o equilíbrio, e ficando inconteste que o titular dos princípios econômicos, em especial da livre iniciativa é a empresa.<sup>33</sup>

Buscando demonstrar a preocupação de Eros Roberto Grau, cabe a exata reprodução onde traz a mesma preocupação e averbação de Antonio Sousa Franco:

“Insisto em que a liberdade de iniciativa econômica não se identifique apenas como a liberdade de empresa. Pois é certo que ela abrange

---

<sup>31</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 29

<sup>32</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Malheiro, 2002. p.182

<sup>33</sup> \_\_\_\_\_ *A ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Malheiro, 2002. p.183

todas as formas de produção, individuais ou coletivas, e – como averba Antonio Sousa Franco (ob.cit., p.228) – 'as empresas são apenas as formas de organização com característica substancial e formal (jurídica) de índole capitalista.'. Assim, entre as formas de iniciativa econômica encontramos além da iniciativa privada, a iniciativa cooperativa (art.5º, XVIII e, também, art. 174 §§ 3º e 4º), a iniciativa autogestionária e a iniciativa pública (arts. 173, 177 e 192, II – resseguros, v.item 44). Quanto à iniciativa pública, observa Antonio Sousa Franco (ob. Cit., p.236), reportando-se ao art.61 da Constituição de Portugal, para dizer que ele 'não fala em iniciativa pública, e com razão: pois a iniciativa do Estado e de entidades públicas não poderia caber em nenhuma forma de direitos do homem e ou direitos fundamentais'".<sup>34</sup>

Assim restou que não se pode definir a empresa unitariamente, pois um conceito unitário seria demasiadamente pobre para definir esse tipo de estrutura, já que se faz necessária uma adequação jurídica para o vocábulo empresa em relação aos diversos aspectos e nuances do fenômeno econômico. Esta é a mesma preocupação de Waldírio Bulgarelli, explicando, pois, o porquê de empresa não possuir uma definição pontual, ficando dessa maneira impossível abranger todas as definições de empresa na Legislação brasileira.<sup>35</sup>

Da preocupação de Waldírio Bulgarelli restaram algumas linhas que deram sentido a este raciocínio:<sup>36</sup>

"Fixados os aspectos pelos quais a empresa vem sido tratada pelo Direito, ou seja, o empresário, a atividade, o estabelecimento (azienda) e, se quiser, o institucional, como comunidade de trabalho, que integram a plena essência da empresarialidade, seguramente que o termo empresa deveria ficar fora do Direito, como, aliás, seria de boa técnica, já que se trata de conceito econômico.

Em decorrência do que a empresa não teria lugar no Direito Comercial, pois este se basta com a trilogia "empresário, atividade econômica organizada e estabelecimento" – aliás, como se deu conta, com sagacidade, uma vasta corrente doutrinária."

Desta forma, adotando a sistemática encontrada em nosso Código Civil, compreendendo-se a empresa através da leitura do conceito de empresário sob a

---

<sup>34</sup>Antonio Souza Franco, In GRAU, Eros Roberto. *A ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Malheiro, 2002. p.182-183

<sup>35</sup>BULGARELLI, Waldírio. *Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985. p.20

<sup>36</sup>\_\_\_\_\_ *Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985. p.19

ótica de quatro perfis e utilizando-se da definição de Alberto Asquini<sup>37</sup> de um esboço determinado pelos perfis empresariais, caminhamos no sentido de se encontrar uma definição satisfatória para empresa. Abordaremos, sinteticamente, nas próximas linhas os perfis: subjetivo, funcional, objetivo ou patrimonial, corporativo.

Entende-se por **perfil subjetivo** aquele que classifica e enxerga a empresa como o empresário, sendo o empresário o agente que exerce uma atividade econômica de produção e/ou circulação de bens e serviços voltados à comercialização destes profissionalmente, com a perseguição de lucro, mas sem deixar este último como um elemento fundamental da atividade.

Por outro lado há que se considerar o **perfil funcional**, que apresenta a empresa como atividade organizada, cumprindo necessariamente a circulação de bens e serviços; organização de trabalho e capital, conjugadas com uma série de procedimentos e operações voltadas à continuidade e manutenção da organização.

Quanto ao **perfil objetivo ou patrimonial** refere-se a empresa como estabelecimento comercial, sendo assim considerada uma organização especial, com patrimônio destacado e separado para tal finalidade, de forma dinâmica.

No que concerne ao **perfil corporativo**, conhecido também como institucional, por compreender a empresa como uma instituição, sendo esta uma organização especial de pessoas, prestadores e colaboradores, que atua entorno a um núcleo organizado, em busca do melhor resultado econômico, finalidade esta comum atendendo tanto os interesses individuais do empresário e quanto aos interesses do colaborador.

Elencados os perfis segundo os ensinamentos de Alberto Asquini, a análise desses diversos perfis demonstra a teoria da empresa a partir da qual buscar-se-á aferir o conceito de empresa, que não é recente, mas nem por isso pode ser considerado ultrapassado. Mesmo sendo anterior ao conceito de empresário, comporta na sua definição a contemporaneidade, pela qual a empresa se traduz e tem seu reconhecimento.

A definição de empresa advém mais da atividade do empresário, ou seja, define-se o que realiza um empresário e transforma isso como resultado da realização da empresa. No mesmo sentido, se precisarmos identificar a função social da empresa ficaríamos carentes de uma definição melhor e teríamos de recorrer à doutrina e utilizarmos método semelhante ao da definição de empresa através do empresário.

Da definição de Haroldo Malheiros Duclerc Barbosa consegue-se extrair que um empresário é o titular de direito que explora atividade econômica típica e

---

<sup>37</sup> ASQUINI, Alberto. *Perfis da Empresa*. Tradução Fabio Konder Comparato. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova Série, Ano XXXV, nº. 106, out-dez. 1996 – Editora Revista dos Tribunais

notadamente empresarial, assumindo desta maneira os riscos decorrentes da atividade.<sup>38</sup>

Fábio Ulhoa Coelho procurou demonstrar a complexidade do conceito empresa dado os significados que lhe são conferidos na linguagem cotidiana, chamando a atenção para os diversos usos do termo conforme segue:

*“Empresa é uma atividade; a de produção ou circulação de bens ou serviços. É importante destacar a questão. Na linguagem cotidiana, mesmo nos meios jurídicos, usa-se a expressão “empresa” com diferentes e impróprios significados. Se alguém diz “a empresa faliu” ou “a empresa importou essas mercadorias”, o termo é utilizado de forma errada, não técnica.”*<sup>39</sup>

Embora o uso equivocado da expressão empresa seja uma constante, necessário se faz atentar para o que instrui Fábio Ulhoa Coelho uma vez que *“empresa, enquanto atividade, não se confunde com o sujeito de direito que a explora, o empresário”* o que nos leva a um dos significados mais usual na doutrina *“A empresa é atividade organizada no sentido de que nela se encontram articulados, pelo empresário, os quatro fatores de produção: capital, mão de obra, insumos e tecnologia.”*<sup>40</sup>

Adotando-se a obra de Waldírio Bulgarelli, consegue-se depreender uma definição reconhecida e consagrada de empresa, pois comumente a doutrina utiliza-se dela, complementando-a quando necessário e limitando-a quando pertinente. Nesse Tópico pode-se considerar como referência a definição de empresa como:

*“Atividade organizada de produção de bens e serviços para o mercado exercida pelo empresário em caráter profissional, através de um complexo de bens”*<sup>41</sup>

Para Rubens Requião, o conceito jurídico de empresa deve partir da característica econômica, pois esta é a que tem mais pertinência em relação à empresa, mormente quando a consideramos inserida no mercado<sup>42</sup>. Veja-se:

---

<sup>38</sup>VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo. Editora Malheiros, 2004, Volume 01. p. 155

<sup>39</sup> Coelho, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 23. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 31

<sup>40</sup> \_\_\_\_\_ *Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 23. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 31 e 32

<sup>41</sup>BULGARELLI, Waldírio. *Tratado de Direito Empresarial*, 2 ed. São Paulo, Editora Atlas, 1995. p. 100

<sup>42</sup>REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 50

“[...] em vão os juristas têm procurado construir um conceito jurídico próprio para tal organização. Sente-se em suas lições certo constrangimento, uma verdadeira frustração por não lhes haver sido possível compor um conceito jurídico próprio para a empresa, tendo o comercialista que se valer do conceito formulado pelos economistas. Por isso, persistem os juristas no afã de edificar em vão um original conceito jurídico de empresa, como se fosse desdouro para a ciência jurídica transpor para o campo jurídico um bem elaborado conceito econômico.”

Na mesma obra, o citado autor Rubens Requião, ao transcrever uma lição do italiano Giuseppe Ferri, admitindo uma definição econômica sobre a atividade da empresa consequentemente, apresenta sob esse olhar, uma conceituação de empresa<sup>43</sup>:

“A empresa em um conceito econômico, seria a combinação de elementos pessoais, e reais, colocados em função de um resultado econômico, e realizada em vista de um intento especulativo de uma pessoa, que se chama empresário.”

Considerando a empresa, do ponto de vista econômico, uma composição organizada que se consolida sobre fundamentos e princípios técnicos e leis de ordem econômica, Rubens Requião propõe o seguinte conceito jurídico acerca da empresa<sup>44</sup> :

“a) a empresa como expressão da atividade do empresário. A atividade do empresário está sujeita a normas precisas, que subordinam o exercício da empresa a determinadas condições ou pressupostos ou o titulam com particulares garantias. São as disposições legais que se referem à empresa comercial, como o seu registro e condições de funcionamento; b) a empresa como ideia criadora, a que a lei concede tutela. São as normas de repressão à concorrência desleal, proteção à propriedade imaterial ( nome comercial, marcas, patentes etc); c) como um complexo de bens, que forma o estabelecimento comercial, regulando a sua proteção (ponto comercial), e a transferência de sua propriedade; d) as relações com os dependentes, segundo princípios hierárquicos e disciplinares nas relações de emprego, matéria que hoje se desvinculou do direito comercial para se integrar no direito do trabalho”

Para Paula Forgioni no estudo do referido assunto, o direito de empresa desponta de uma nova teoria da empresa, partindo da concepção de ato, atividade e

<sup>43</sup>REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 50

<sup>44</sup>\_\_\_\_\_ *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003. p.51

mercado, evoluindo para o raciocínio de que a empresa não pode ser definida isoladamente, restringindo-a aos seus próprios limites.<sup>45</sup>

Por tal perspectiva, a empresa deve ser compreendida como um agente econômico e participante de um ambiente de uma determinada atividade econômica, contudo permanece identificada como empresa. Neste raciocínio, Paula Forgioni de maneira simples, porém completa, mostra que uma empresa não “é” somente. A autora sustenta que uma empresa é atuante e participante de um mercado e o faz por meio de contratos e acordos, demonstrando mais uma vez o caráter de um agente econômico.<sup>46</sup>

Esse entendimento, nas palavras de Paula Forgioni, expressa como a empresa é vista atualmente.<sup>47</sup>

“Se assim for feito, concluir-se-á que, sem a empresa, o direito comercial e toda a sua lógica não teriam razão de existir, pois, hoje, ele aí está para disciplinar, de acordo com sua lógica peculiar, a empresa e sua interação com outras empresas no mercado”

Fábio Konder Comparato, também responsável por novos estudos contemporâneos acerca do Direito de Empresa, reforça a ideia de que a empresa inova e deve ser considerada a instituição que pode definir não apenas a sociedade contemporânea como a civilização.<sup>48</sup>

Tal posicionamento demonstra que muitas vezes o direito “se torna” pelo que desenvolve e define, e não apenas pela definição legal ou ainda ficando estático a uma definição do que deveria ser, não é diferente com o Direito de Empresa.

Uma das definições quanto à empresa abordada por Fábio Konder Comparato é a de ser uma instituição moderna, atual, permanente e necessária, sendo sem deixar dúvidas o “elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea”<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup>FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: Da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 106

<sup>46</sup> \_\_\_\_\_ *A evolução do direito comercial brasileiro: Da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.107

<sup>47</sup> \_\_\_\_\_ *A evolução do direito comercial brasileiro: Da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.104

<sup>48</sup>COMPARATO, Fábio konder. *A Reforma da empresa*. São Paulo: Editora Saraiva, 1990. p.16

<sup>49</sup> \_\_\_\_\_ *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva,1995. p.3.

Continuando esse mesmo raciocínio, Fábio Konder Comparato,<sup>50</sup> com muita propriedade, aduz:

“tanto escolas quanto as universidades, os hospitais e os centros de pesquisa médica, as associações artísticas e os clubes desportivos, os profissionais liberais e as forças armadas – todo esse mundo avesso aos negócios viu-se englobado na vasta área de atuação da empresa”

Cabe nesta oportunidade frisar que, nas linhas de José Renato Nalini,<sup>51</sup> “*por haver sobrevivido às intempéries, a instituição que pode ser considerada vencedora no século XXI é a empresa*”, comprovando que é uma organização mais do que necessária e muito presente na história contemporânea de nosso mundo.

Algumas destas definições conferem por si só um caráter diferenciado e dinâmico às empresas, seja de qual ramo elas forem. Além disso, observamos repetidamente a acepção de empresa como uma instituição que age com suas forças e necessariamente de acordo com suas convicções. Desta maneira, a empresa desde o seu surgimento ocasionou mudanças em todos os níveis e esferas possíveis, pois lidando com a realidade e a verdade, é necessário um Direito que seja determinante e não um Direito que seja de princípios sem efetividade prática.

O surgimento da empresa remete não a um fato isolado, mas a um aspecto de relevância, uma vez que a empresa ganhou importância na vida moderna. Para a Economia, a empresa já se tornara objeto de estudo pelos economistas, ao menos a partir de Jean Baptiste Say<sup>52</sup>, sendo certo para os historiadores econômicos que sua noção data da Revolução Industrial.

No Direito há quase que um acordo quanto ao surgimento da figura da empresa, datando o surgimento desta no Código Comercial Francês de 1807. Este é o marco para o seu aparecimento em diversas legislações posteriores, influenciadas pelo *Code* francês, como em nosso Código Comercial de 1850, através do Regulamento 737, nos códigos italianos de 1865 e 1882 e no código alemão de 1861<sup>53</sup>. A empresa adquiriu, assim, uma identidade, pois passou a existir referências

---

<sup>50</sup>Fabio konder Comparato, In DE LUCCA, Newton. *Da Ética Geral à Ética Empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p.313

<sup>51</sup>NALINI, José Renato. *Ética Geral e profissional*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,. 2011. p. 297

<sup>52</sup>Sobre os estudos dos economistas, cf. As pesquisas realizadas por Sylvio Marcondes Machado. *Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual*, Max Limonad: São Paulo, 1996. p. 85

<sup>53</sup>O ADHGB não empregava a palavra “Empresa”, mas a partir de 1865, com Endemann, se iniciaram os debates sobre a empresa, na doutrina.Cf. Herman Krause, “Imprenditore e Impresa”, in NRDC vol. VII, fasc. 1-12/221 e ss., 1954,e, ainda Paul Giseke, “Diritto e difesa dell’impresa in Diritto tedesco”, NRDC, 1949, vol. II, fasc..1-2, pp.113 e ss.

a ela nas leis posteriores, decisões emanadas de juízes e principalmente nos estudos e trabalhos realizados pela doutrina.

As empresas modernas estão em constante movimento, daquela visão mais isolada do passado, em que apenas se almejava grandes lucros, adotou-se uma visão mais progressista e liberal, no sentido de que a atividade empresarial deve ser entendida como um sistema para administrar outros sistemas menores de toda atividade mercantil.

Esse sistema deve administrar todos os processos e rotinas, do mais básico ao mais complexo, aliando isso a novas práticas e políticas necessárias, que atendam a legislação, a sociedade e principalmente com atenção ao mercado e continuando a gerar bons lucros.

Como mostrou a história moderna, a empresa sempre se reciclagem e sobreviveu de forma salutar, gerando frutos. Partes dos anseios sociais advêm da grande discussão acerca do Estado Mínimo e do Estado Intervencionista, ante a atividade mercantil. A empresa pode criar e sobreviver num ambiente pouco intervencionista, mas, ao mesmo tempo, é necessária uma força noutro sentido, para que a empresa comprehenda o caráter e a necessidade de uma prestação social, mas estando pautada a uma eficiência empresarial.

Tal discussão deve-se valer da explicação de Eros Roberto Grau<sup>54</sup> ao diferenciar *ordem econômica* e *ordem econômica liberal*, que busca uma conjugação entre o mundo do ser e o mundo do dever ser:

“A transformação que refiro se dá no instante em que as precedentes ordens econômicas (mundo de dever-ser) passam a instrumentar a implementação de políticas públicas. Vale dizer: no instante em que a ordem econômica – parcela da ordem jurídica – já instalada no nível constitucional, passa a pregar o aprimoramento da ordem econômica (mundo do ser), visando a sua preservação.

O direito é afetado, então, por uma transformação, justamente em razão de instrumentar transformação da ordem econômica (mundo do ser).

Que essa transformação, no mundo do ser, é perseguida, isso é óbvio. Retorno à leitura do art. 170 da Constituição de 1988: a ordem econômica (mundo do ser) deverá estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa ... A ordem econômica liberal é substituída pela ordem econômica intervencionista”

Nesta linha, ensina com clareza Samyra Naspolini Sanches:

---

<sup>54</sup>GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Malheiros, 2002. p. 63

“Vários têm sido os esforços de algumas empresas brasileiras para atingir metas de Responsabilidade Social e Sustentabilidade, atendendo, inclusive às regras impostas pela sociedade internacional. Assim, oferecer qualidade e preço competitivos e simplesmente cumprir a legislação que regula a sua atividade no país já não é suficiente, uma vez que se começa a exigir das empresas que desenvolvam ações voltadas ao bem-estar e desenvolvimento da comunidade onde ela está inserida.”<sup>55</sup>

Práticas atentatórias são conhecidas e desenvolvidas diariamente, com relação à utilização de modelos econômicos que reduzem consideravelmente o valor de produção dos bens e serviços das empresas, gerando assim maior lucro e retorno sobre o investimento financeiro.

Independentemente da denominação, ou mesmo descrição, o que sufoca e torna-se um grande gargalo à atividade das empresas sempre foi a atividade estatal, deixando poucas margens ou quase nenhuma para uma atuação mais prestacional, no rumo de atender uma coletividade maior, ou mesmo realizar políticas responsáveis com seu ambiente.

Jose Renato Nalini,<sup>56</sup> chama atenção para o fato de parte da atividade empresarial não poder atender, nem mesmo cumprir uma maior prestação social é consequência da aplicação de altíssimas cargas tributárias e fiscais pelo Estado, e da pouca reversão na sua atividade para facilitar e enaltecer as empresas e os serviços que estas prestam. Nas suas palavras:

“O Estado sufoca a atividade empresarial com excesso de burocracia e tributação. Entre 43 países analisados pelo índice FIESP de Competitividade das Nações 2007, responsáveis por cerca de 95% do PIB mundial, o Brasil aparece entre os últimos, perde apenas para México, a Venezuela e a Tailândia. O índice é avaliado pelo Departamento de Competitividade e Tecnologia da FIESP – a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo. Essa péssima colocação resulta de falta de estímulos à atividade, onerada com a mais elevada carga tributária do mundo. Também reflete a ausência de uma educação qualificada para as atividades produtivas. O Brasil continua o país dos bacharéis.”

---

<sup>55</sup> SANCHES, Samyra Haydée Dal Farra Naspolini Sanches, *Direitos humanos e a empresa privada no Brasil*. In: Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 304.

<sup>56</sup> NALINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. 8 ed. Editora RT. São Paulo, 2011. p.300

Desta forma é possível constatar que uma carga tributária e fiscal demasiadamente pesada impede maiores incentivos e mais recursos voltados às atividades de produção e fomento, pois tais investimentos muitas vezes precisam partir das empresas e de uma maneira prestacional, como algo a mais que a mesma deve contribuir para permanecer no mercado.

No intuito de entender o que é mercado, as empresas buscam compreender e suprir cada vez mais as necessidades humanas, para que se obtenha receitas positivas cada vez maiores e as transformem isso em lucro.

Cada vez mais, percebe-se a tendência de criar situações e produtos visando cooptar mais clientes e mais produtos no sentido de agregarem-se valores, para num primeiro momento acontecer a percepção de lucros e dividendos; mas não seria apenas isso, percebemos que as empresas buscam identificar suas marcas com relações individuais e coletivas com a sociedade, e isto só pode acontecer com uma política de incentivo e através da prática efetiva e realizações em forma de Prestações Sociais.

#### 1.4. Função social da empresa

A empresa, como toda e qualquer categoria jurídica, tem uma função social. A ideia de função social da empresa é imbricada com a ideia de propriedade e de sua funcionalização social. Por esta razão, cumpre analisar, ainda que de modo bastante sucinto, algumas noções acerca da propriedade e de sua função social, após o que, far-se-á a clivagem indispensável entre as categorias jurídicas em questão.

Como ensina Alcides Tomasetti Jr<sup>57</sup>, a palavra *propriedade* pode ser utilizada em quatro sentidos:

(i) em seu mais amplo significado, a palavra *propriedade*, em atenção à dogmática tradicional, equivale a **direito subjetivo patrimonial**;

---

<sup>57</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 212.726-1/8 e STJ. REsp. 75.659. Revista dos Tribunais. Ano 85. V. 723. Janeiro de 1996.

(ii) num segundo sentido, bem menos lato, o termo *propriedade* designa **todos os direitos subjetivos reais**;

(iii) numa terceira estipulação, ainda mais reduzida, propriedade denota o **direito subjetivo patrimonial que tem por objeto bem incorpóreo**;

(iv) em quarto e último significado - ‘*estrítissimo*’ - o termo *propriedade* designa **somente o domínio**, considerando que o domínio é direito de abrangência total, ao passo que os direitos reais são limitados, portanto de abrangência parcial

Ao lado da polissemia da palavra *propriedade*, a doutrina mais atual costuma fazer menção ao termo *propriedades*, denotando que há vários regimes jurídicos de propriedade, o que impede se dê tratamento unitário ao tema *propriedade*.

Neste sentido, José Afonso da Silva<sup>58</sup> ensina que:

“A Constituição consagra a tese – que se desenvolveu especialmente na doutrina italiana – segundo a qual a propriedade não constitui uma instituição única, mas várias instituições diferenciadas, em correlação com os diversos tipos de bens e de titulares, de onde ser cabível falar não em “propriedade”, mas em “propriedades”. A Constituição de 1968 foi explícita e precisa: garante o direito de propriedade em geral (art. 5º, XVII; garantia de um conteúdo mínimo essencial), mas distingue claramente a propriedade urbana (art. 182, [...] § 2º) e a propriedade rural (art. 5º, XXVI, e, especialmente, arts. 184-186), com seus regimes jurídicos próprios, sem falar nas regras especiais para outras manifestações da propriedade, indicadas antes, e que veremos depois. Em verdade, uma coisa é a propriedade pública, outra a propriedade social e outra a propriedade privada; uma coisa é a propriedade agrícola, outra a industrial; uma a propriedade rural, outra a urbana; uma a propriedade de bens de consumo, outra a de bens de produção, uma a propriedade de uso pessoal, outra a propriedade/capital. Pois, como alertou Pugliatti, há bastante tempo: “No estado das concepções atuais e da disciplina positiva do instituto, não se pode falar de um só tipo, mas se deve de tipos diversos de propriedade, cada um dos quais assume um aspecto característico”. Cada qual desses tipos pode estar sujeito – e por regra estará – a uma disciplina particular, especialmente porque, em relação a eles, o princípio da função social atua diversamente, tendo em vista a destinação do bem objeto da propriedade.

Tudo isso, aliás, não é difícil de entender desde que tenhamos em mente que o regime jurídico da propriedade não é uma função do direito civil, mas de um complexo de normas administrativas,

---

<sup>58</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros. 2006. p.175

urbanísticas, empresariais (comerciais) e civis (certamente), sob fundamento das normas constitucionais.”<sup>59</sup>

O conceito de propriedade não pode ser dissociado do conceito de função social, embora com ele não se confunda.<sup>60</sup>

Com a passagem do Estado Liberal ao Estado Social, o Direito Privado viu-se em conflito ideológico pelo fato de suas estruturas e conceitos estarem funcionalizados à tutelar o exercício legítimo da autonomia privada, o qual sempre se entendeu como sendo aquele que não contraria a ordem pública, conceito que, desde o *Code*, vinculou-se à teoria das nulidades.

Uma das tentativas de solucionar este conflito se deu com a inclusão, primeiramente em nível constitucional e posteriormente na legislação infraconstitucional, de textos normativos impondo o cumprimento de algo a que se chamou função social. Expressão em torno da qual o único consenso que há é o de que ela impõe um transbordamento da esfera jurídica do particular, daí afirmar Fábio Konder Comparato<sup>61</sup> que:

“A noção de função, no sentido que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificamente o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo, e não ao interesse próprio do dominus. (...) de qualquer modo, se se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica”

Mas será mesmo verdade que durante a era do liberalismo as categorias do direito privado eram despidas de função social? A resposta parece ser negativa. Em termos amplos, a função social destas categorias consistia no pleno desenvolvimento e exercício da autonomia privada, a qual, segundo se acreditava,

---

<sup>59</sup> Não se pode olvidar que, ao lado dos “regimes jurídicos proprietários” arrolados por José Afonso da Silva, há que se fazer menção à propriedade intelectual, evidentemente abrangida na noção ampla de propriedade do caput do artigo 5º da CF.

<sup>60</sup> PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 86

<sup>61</sup> COMPARATO, Fabio Konder. “Função Social da Propriedade dos Bens de Produção”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais. V.63 jul-set/1986. p.18

manteria o mercado em equilíbrio perfeito e, por isso, sem necessidade de intervenção estatal. O paradoxo, tão só aparente, é o de que à época, a função social consistia em alimentar o liberalismo e, com isso, o individualismo<sup>62</sup>.

Pode-se dizer que a função social do direito subjetivo quando realizada favorecia a esse indivíduo e, segundo a ideologia dominante à época, à sociedade reflexamente.

Contudo, como ensina João Alberto Schultzer Del Nero<sup>63</sup>:

“A ideologia do Estado Social é outra: não basta fazer bem reflexamente à sociedade, há que se fazê-lo diretamente. Esta exigência impõe que o direito subjetivo e seu exercício sejam dirigidos- funcionalizados- ao interesse do particular e da sociedade.”.

Já Francisco Amaral<sup>64</sup> ensina que:

“A funcionalização dos institutos jurídicos significa que o direito em particular e a sociedade em geral começam a interessar-se pela eficácia das normas e dos institutos vigentes, não só no tocante ao controle ou disciplina social, mas também no que diz respeito à organização e direção da sociedade, abandonando-se a costumeira função repressiva tradicionalmente atribuída ao direito, em favor de novas funções, de natureza distributiva, promocional e inovadora, principalmente, na relação do direito com a economia.”

Contudo, no que tange ao modo pelo qual a função social atua no direito subjetivo de propriedade, há considerável divergência doutrinária. Alguns, como João Alberto Schultzer Del Nero, entendem que a função social atua externamente ao direito subjetivo de propriedade, limitando seu exercício e exercendo considerável função hermenêutica; já outros como Alcides Tomasetti Jr<sup>65</sup> e José Afonso da Silva<sup>66</sup>

<sup>62</sup> BUNAZAR, Maurício. *O duplo tratamento legal do bem de família e suas repercussões práticas, Direito de Família e Sucessões. Temas atuais*, Coordenação de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce e José Fernando Simão, Ed. Método, 2009. p.34

<sup>63</sup> DEL NERO, João Alberto Schultzer. *O significado jurídico da expressão função social da propriedade.* , In Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo – São Bernardo do Campo – São Paulo – Volume 03 – Ano 1997. p.12

<sup>64</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 7<sup>a</sup> Edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2008. p.87

<sup>65</sup> TOMASETTI Jr., Alcides. Comentário a acórdão sobre a “favela Pullman” - desembargador José Osório Azevedo Jr. RT, Ano 85, v. 723. Janeiro de 1996. Apelação Civil n 212.726-1/8. Disponível em: <<http://www.revistasrtonline.com.br/portalrt>>. Acesso em: 15/09/2013.

entendem que a função social é constitutiva do próprio direito subjetivo de propriedade.

Alcides Tomasetti Jr<sup>67</sup> ensina que:

“As limitações aos ‘direitos subjetivos de propriedade’, devam-se ou não à funcionalização social, que a Constituição estabelece como princípio geral que atinge todo regime das ‘propriedades’, penetram o âmago do conteúdo da posição jurídica e o condicionam de **dentro para fora** e de **fora para dentro**. O que significa afirmar que a função social das estruturas jurídicas passa a integrar o respectivo conteúdo, sem deixar, ao mesmo tempo, de condicioná-las no momento do correspondente exercício”.

Já José Afonso da Silva<sup>68</sup> afirma que:

“O princípio vai além do ensinamento da Igreja, segundo o qual “sobre toda propriedade particular pesa uma hipoteca social”, mais tendente a uma simples vinculação obrigatoria. Ele transforma a propriedade capitalista, sem socializá-la”. Mais adiante afirma “(a função social) constitui um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição desse direito, de seu conhecimento e da sua garantia mesma, incidindo sobre seu próprio conteúdo”.

Mesmo os autores que reconhecem a atuação, ao mesmo tempo, interna e externa da função social da propriedade não chegaram a afirmar que o direito subjetivo de propriedade foi substituído pela noção de função social, como o faz Léon Duguit,<sup>69</sup> que após afirmar que a propriedade é uma instituição jurídica que se formou para responder a uma necessidade econômica, diz que:

“Nas sociedades modernas a necessidade econômica mudou profundamente, o que gerou alteração na concepção de propriedade. [...] a evolução da propriedade se dá no sentido socialista, o que não significa a coletivização da propriedade. Mas sim significa duas coisas: primeiro que a propriedade deixa de ser um direito do indivíduo e passa a ser uma função social; segundo que a afetação

<sup>66</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros. 2006. p.180

<sup>67</sup> TOMASETTI JR., Alcides . “A propriedade privada” entre o Direito Civil e a Constituição., In Revista de Direito Mercantil , V.126. SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros. 2006. p.182

<sup>68</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros. 2006. SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 178

<sup>69</sup> Citação realizada em tradução livre. DUGUIT, Léon. *Lêis Transformations Générales Du Droit Prive Depuis Le Code Napoleon*. Paris: Felix Alcan, 1920. p 168

de riquezas às coletividades que devem ser protegidas é cada vez maior”.

Este autor prossegue e, mais adiante, assevera<sup>70</sup>:

“Hoje em dia temos a clara consciência de que o indivíduo não é mais do que uma roda na vasta máquina que constitui o corpo social; que cada um de nós não tem razão de ser no mundo, senão pelo trabalho que realiza na obra social.”

Assim, arremata o autor<sup>71</sup>:

“O possuidor da riqueza, pelo fato de possuí-la pode realizar um trabalho que outros não podem. Só ele pode aumentar a riqueza geral fazendo valer o capital que possui. Está, pois, obrigado socialmente a realizar esta tarefa, e ao seré protegido socialmente, se não a cumpre e apenas na medida que a cumpra. A propriedade não é, portanto, direito subjetivo do proprietário, mas função social daquele que tem a riqueza”.

A parte esta visão extremista de Leon Duguit,<sup>72</sup> é, hoje, inegável que toda e qualquer categoria jurídica, mormente as patrimoniais, deve observar uma função social.

Quanto à questão da função social da empresa, Luciano Camargo Penteado oferece considerações interessantes. Segundo este autor,<sup>73</sup> a Função social da Empresa é a ligação necessária da atividade mercantil realizada pelas empresas, no ambiente de mercado principalmente em relação a bens e valores.

Paula Forgioni<sup>74</sup> de uma maneira peculiar nos ensina uma noção de função social da empresa, por uma perspectiva da atividade mercantil e fator de avanço

<sup>70</sup> DUGUIT, Léon. *Lés Transformations Générales Du Droit Prive Depuis Le Code Napoleon*. Paris: Felix Alcan, 1920. p 168

<sup>71</sup> \_\_\_\_\_ *Lés Transformations Générales Du Droit Prive Depuis Le Code Napoleon*. Paris: Felix Alcan, 1920. p 168 e 178.

<sup>72</sup> \_\_\_\_\_ *Lés Transformations Générales Du Droit Prive Depuis Le Code Napoleon*. Paris: Felix Alcan, 1920. p 178

<sup>73</sup> PENTEADO, Luciano Camargo. *Direito das Coisas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 112

<sup>74</sup> FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: Da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 81

social, papel este a ser desempenhado pela empresa, divorciando-se daquele conceito atrasado que uma empresa como uma propriedade deveria apenas ser propriedade dos sócios, ou mesmo servir a interesses individuais de credores.

Os predicados e receptores da Função Social da Empresa são toda a comunidade de colaboradores, prestadores, depois passamos ao grupo controladores, onde apresentam-se os acionistas, com uma maior atenção aos acionistas minoritários sem nunca esquecer da comunidade que assim como o meio-ambiente refletem os resultados do cumprimento da função social.

No início condicionou-se a Função Social da Empresa por muitas vezes como tendo esta um valor de propriedade. Dessa forma o que num sentido amplo foi entendido é que esta seria uma condição ou garantia dos titulares do controle da empresa. Na verdade a correta releitura é que a função social é um limite do exercício de ação do controlador.

A empresa sendo esta organização que tem importância suprema quanto aos fatores de produção, e estando a mesma numa condição de estudo diferenciada da propriedade uma vez que esta se estuda no capítulo de direito das coisas, diferentemente da primeira, que é uma instituição intelectualizada e desmaterializada. Tudo o mais que trata a Função Social, deve ser aplicado e compreendido por cada um dos institutos de direito.

Não obstante, é dever anotar, que embora a função social seja passível de definições e delimitações, deve-se sempre ter em mente que a extração de uma significação moderna e completa da definição acerca de função social, precisa necessariamente estar relacionada como e de qual forma foi anotado e classificado o vocábulo empresa, e tampouco, no caso a ser definido deve ser relacionado com a definição que se dá ao empresário sem esquecer da lição de Newton De Lucca que repudia a ausência de certas definições no ordenamento jurídico “*Outro silêncio injustificável, que é o referente à ausência de um dispositivo específico sobre a função social do empresário.*”<sup>75</sup>

A função social da empresa é decerto a definição que geraria maiores contradições ao se procurar sua especificação, pois a mesma independentemente

---

<sup>75</sup>—DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. (coordenadores) *Direito Empresarial Contemporâneo*. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2000. p. 69

do valor à empresa na qual seja relacionada, ela deixará um campo em aberto, pois certamente, a empresa quando realiza sua atividade mercantil, consequentemente exerce a sua função social, mas seria o resultado desta de cunho prestacional e servindo à uma coletividade? Tal questão comporta inúmeras respostas por si só.

Ao realizar estudos e pesquisas sobre mercados e seus respectivos ambientes Amartya Sen<sup>76</sup> apresenta o raciocínio que um ambiente se desenvolve de maneira salutar, quando este melhora a condição de vida dos indivíduos.

Paralelamente à industrialização, ao progresso tecnológico, quando o citado autor desenvolve seus estudos, categoricamente ele afirma que índices econômicos e sociais não demonstram que situação de vida dos indivíduos realmente está melhorando. Junto com desenvolvimento devem acontecer melhorias sistemáticas em educação, saúde, direitos civis, e ocorrer diversas formas de promoção de liberdades substantivas.

Analizando sob tal prisma, um ambiente pode ser considerado desenvolvido ou em desenvolvimento quando é transferida à maioria dos indivíduos, alguns senão todos os aspectos das liberdades substantivas. Desse modo, ao considerarmos a função social da empresa, um empresa deve procurar, paralelamente à sua atividade mercantil, desenvolver políticas e projetos que transfiram melhorias sociais à coletividade e consequentemente complementar a sua função social.

A promoção destas políticas não pode ser obrigatória, mas talvez o Estado possa utilizar mecanismos que incentivem a adoção de políticas, ou mesmo criação de projetos para tal finalidade. Mais uma vez, a empresa pode ter papel fundamental, pois conseguiria desta forma adotar um perfil prestacional, atendendo as necessidades humanas, e deixando em espera políticas que podem ser lucrativas, mas que ignoram completamente a função humana, considerando apenas a função econômica, causando assim grande atraso gerando alguns problemas sociais.

O verdadeiro e correto resultado em suma seria o que Ricardo Hasson Sayeg coloca que o capitalismo, e neste aspecto específico a empresa e o mercado,

---

<sup>76</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*; tradução Laura Teixeira Motta; Revisão Técnica Ricardo Dominelli Mendes. Companhia das Letras: São Paulo, 2001. p. 54

devem induzir e fomentar todas as formas de direitos subjetivos, voltados à transferências de valores e condições sociais “melhores” à coletividade.<sup>77</sup>

Dessa maneira aconteceria maior humanização na atividade empresarial, assumindo a empresa a posição de sujeito no que concerne à concretização dos direitos humanos de primeira, de segunda e terceira dimensões, acontecendo assim uma *dinamogênese*<sup>78</sup>, melhorando de tal forma a condição de dignidade humana, pois estaria oferecendo um objetivo diferenciado, renovado, humano e por que não moderno, nesse campo prestacional.

---

<sup>77</sup> SAYEG, Ricardo Hasson; BALERA, Wagner. *O Capitalismo Humanista, Filosofia Humanista de Direito Econômico*. 1 Ed., KBR Editora Digital: Petrópolis. 2011. p.180

<sup>78</sup> Para Vladmir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano, a dinamogênese dos valores e o direito referem-se ao processo continuado no qual os valores estão imersos e que pode resumir-se nas seguintes etapas, que serão detalhadas adiante: (i) conhecimento-descobrimento dos valores pela sociedade; (ii) posterior adesão aos valores e consequência imediata; e (iii) concretização dos valores por intermédio do direito em sua produção normativa e institucional. In SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; e ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos Humanos: Conceitos, Significados e Funções*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 191.

## Capítulo II – A Ciência Econômica como Instrumental para Realização do Anseio Máximo do Direito: a Dignidade da Pessoa Humana

### 2.1. Relação entre direito e economia: a chamada *Law and Economics*

*Law and Economics* é uma doutrina considerada originária dos Estados Unidos da América, especificamente da Escola de Chicago, adotando e relacionando a utilização de métodos e modelos econômicos, para analisar os temas ligados à teoria social, no caso o Direito, no entanto é necessário consignar que esta escola recebeu influência de pensadores europeus, dentre eles cita-se com frequência Adam Smith e Max Weber.

A expressão *Law and Economics* significa Análise Econômica do Direito, trata-se sucintamente de uma corrente na qual procura através de conceitos e interpretações econômicas compreender e até explicar as razões de decisões do Direito e suas consequências.

Nesse diapasão Marcelo Benacchio<sup>79</sup> presta sua contribuição afirmando que:

“Na verdade, deve haver um diálogo entre dois conhecimentos científicos, Economia e Direito.

[...] A corrente de pensamento de maior utilização para a comunicação entre Economia e Direito tem sido a Análise Econômica do Direito, a qual efetua o exame do direito à luz dos princípios da Economia, aplicando a teoria econômica no exame da formação, estrutura e impacto econômico causado pelo Direito, o qual deverá ser aplicado sob a ótica da eficiência econômica”.

É válido consignar que para doutrinadores e críticos, que apenas citam a Análise Econômica do Direito como sendo uma escola de pensamento para tentar entender e compreender através de condutas e escolhas a racionalidade do sistema

---

<sup>79</sup> BENACCHIO, Marcelo. *A regulação jurídica do mercado pelos valores do capitalismo humanista*. In: Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da.; MEZZAROBA, Orides (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 200

legal é a maneira de se inserir o mundo fático no Direito e o Direito no mundo fático, pelas escolhas tomadas.

A partir da década de 1970, a corrente *Law and Economics*, procurou definir as escolhas e decisões legais, que levassem à aplicação e utilização de ferramentas e instrumentos teóricos e empíricos, comuns à economia e ciências, para se buscar uma melhor compreensão e interpretação dos resultados e consequências, por meio de uma avaliação do seu encaixe com as normas jurídicas.

Esta visão é muito interessante, pois a aplicação de métodos e estudos econômicos conduzem o Direito para uma direção de resultados condicionantes ao que se pretende alcançar. Noutras palavras, o Direito é uma ciência que regula, descreve e define comportamentos sociais e humanos, possuindo um caráter hermenêutico. A Economia é uma ciência empírica, com resultados práticos. A relação destas ciências é uma maneira de se explicar as consequências, principalmente sociais e humanas, face às consequências, já condicionadas a resultados pretendidos.<sup>80</sup>

É notável que a Análise Econômica do Direito esteja presente em diversas áreas do Direito, comumente é perceptível suas contribuições na área de contratos, seguro, regulação, processo civil, direito econômico, direito desportivo e direito empresarial, dentre outros. É desta interação que se comprehende a interpretação econômica em cada setor do Direito, resultado da aplicação de conhecimentos econômicos, diferentemente de uma análise mais simplista e comum às áreas do Direito associadas à Economia.

Do desenvolvimento da Análise Econômica do Direito, através da utilização de ferramentas e teorias comuns à Economia para a compreensão e entendimento quanto à aplicação do Direito, foram incorporados novos métodos, como estatísticas, testes econométricos e diversas teorias que analisam e antecipam resultados e consequências, determinando uma decisão do Direito, baseada nos princípios e resultados alcançados pela Análise Econômica do Direito.

---

<sup>80</sup>SALAMA discorre que o Direito é ciência exclusivamente verbal, marcadamente hermenêutico, aspira à justiça e desenvolve sua crítica pela legalidade. Já a economia é assumidamente matemática, empírica, tem aspiração científica e desenvolve uma crítica pelo custo. SALAMA, Bruno M. *O que é Direito e Economia*. In: TIMM, Luciano. *Direito e Economia*. Porto Alegre: Livraria do ADVOGADO, 2008. p. 49.

É válido consignar os ensinamentos de Raquel Sztajn e Décio Zylbersztajn<sup>81</sup>, no que se refere a diversidade de correntes que buscam explicar o fenômeno econômico sob o prisma das normas de direito fundamentados pela Análise Econômica do Direito:

“Não há uma única escola conhecida como *Law & Economics*, mas sim diversas correntes que buscam explicar o fenômeno econômico e propor medidas para corrigir distorções geradas por normas de direito positivo, com fundamento em análises econômicas. A escola de Chicago é a mais conhecida - talvez por ser a que mais recebeu críticas, entretanto, há também a escola de Yale (liderada por Calabresi), a de Virgínia (*Functional School*), a da Nova Economia Institucional (*New Institutional Economics*) e da Escolha Pública (*Public Choice*), entre outras.”

A Escola de Chicago tem como expoentes, mediante sua Análise Econômica do Direito, Richard Posner, Gary Becker, Aaron Director, Milton Friedman e George Stigler. Estes, tomando como ponto de referência o professor desta escola e um dos iniciadores desta corrente doutrinária, Frank Knight, passaram a utilizar de pesquisas empíricas, com isso colocaram praticamente o imperialismo econômico<sup>82</sup> e implementaram esta forma de compreender o direito através da economia e dos resultados que viessem a ser produzidos e justificados.

Um dos cernes da Análise Econômica do Direito reside no fato de que ocorra uma maximização de resultados e consequentemente da própria satisfação. Assim, a doutrina foi conduzida a buscar e aperfeiçoar-se sempre em busca de uma maior eficiência, ficando como razão nuclear da Análise Econômica do Direito.

Um teorema válido e justificador da Análise Econômica do Direito passou a ser que não haveria predominância nem mesmo preferência da Economia e suas ciências correlatas no Direito, tampouco superioridade do Direito na Economia.<sup>83</sup>

A colocação nuclear dos fatores eficácia e eficiência num sistema altamente competitivo sempre foi tida como resultado fundamental, surgindo a ideia conjugada

---

<sup>81</sup> ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 75.

<sup>82</sup> “Imperialismo Econômico” pode ser considerado uma concepção de que é possível uma análise econômica de todas as nuances do comportamento humano.

<sup>83</sup> ANDRIGHI, Fátima N. Prefácio. In: TIMM, Luciano. *Direito e Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 5.

de que o sistema do Direito deve intervir na Economia para que nestas condições os economistas pudessem contribuir com seus conhecimentos e também aplicações práticas e pontuais de suas teorias, a fim de auxiliar a escola de Direito a conjugar e cooperar, visando a obtenção de maiores e melhores resultados ante aos interesses comuns.

Assim, como resultado dos estudos realizados pela Escola de Chicago, grande precursora da *Law and Economics*, atinge-se três pilares básicos<sup>84</sup>, que sustentam a teoria da citada escola, conduzindo e condicionando os esforços a serem realizados pelo Direito para a promoção e consolidação dos resultados:

São três as premissas que norteiam o movimento:

1. existe maximização racional das necessidades humanas;
2. os indivíduos obedecem a incentivos de preços para conseguir balizar o seu comportamento racional;
3. regras legais podem ser avaliadas com base na eficiência de sua aplicação, com a consequente máxima de que prescrições normativas devem promover a eficiência do sistema social.

As premissas que são os pilares norteadores do *Law and Economics* baseiam-se no individualismo, que supera as interações sociais e os valores não egoísticos, sobressaltando uma inclinação muito forte ao utilitarismo e taylorismo<sup>85</sup>, resultando na busca de satisfação pessoal, vontades individualizadas, egoístas e hedonistas.

O movimento da Análise Econômica do Direito, como expõe Vasco Rodrigues, é a relação direta entre a escolha e a maximização racional, em que cada um busca ao máximo realizar suas satisfações e conquistar seus objetivos.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Curso de Law & Economics*. Rio de Janeiro: Editora Campus Elsevier, 2005. p. 22.

<sup>85</sup>Taylorismo é tido como um dos norteadores e fundadores de uma nova corrente da administração, a administração científica, a qual através de implementação de recursos, treinamentos de pessoal e condutas pré-determinadas por meio de pesquisas conjugadas com a aplicação de métodos cartesianos, conseguiam-se assim um modelo que poderia produzir mais e com maior eficiência e qualidade. Cf. TAYLOR, Frederick Wislow. *Princípios da Administração Científica*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 1970.

<sup>86</sup>RODRIGUES, Vasco. *Análise Econômica do Direito: Uma introdução*. Coimbra: Gráfica Coimbra, 2007.

Quando os preços se tornam os valores norteadores, praticamente passam a ser as regras legais e, com isso, a escolher e determinar as condutas sociais que devem ser adotadas e abandonadas. Nesta premissa, a escola de Chicago atinge um raciocínio que prevê que conforme se torne necessário tomar uma ou outra conduta social, devem ser utilizadas técnicas como incentivos e sanções premiais, limitando, ou mesmo determinando a melhor conduta a ser tomada. Tal atitude é o resultado de uma estrutura semelhante ao mercado que passa a ser determinante às pessoas, para que estas decidam suas condutas em relação ao ordenamento jurídico, utilizando o mesmo raciocínio, pelo qual se norteiam ante as questões econômicas.

Como terceira premissa, ao colocar os critérios de eficiência e eficácia, condicionados ao Direito, passa-se a conceder um valor agregado ao Direito, em que este fica habilitado a escolher a melhor conduta a ser indicada, ou mesmo tomada. Neste sentido, desenvolveu-se técnicas e estudos, como o critério de Kaldor-Hicks, Teorema de Coase<sup>87</sup> e o Ó(p)timo de Pareto<sup>88</sup>, para que os valores

---

<sup>87</sup>Teorema de Coase, de acordo com os primeiros estudiosos de *Law and Economics*, e seguindo os textos de Ronald Coase, era quando os direitos de propriedade são bem definidos e o custo de transação é igual a zero, a solução final de do processo de negociação entre as partes será eficiente, independentemente da parte a que se assimilam os direitos de propriedade. Esta situação confrontava com a importância limitada da norma, valorizando a possibilidade de negociações e até mesmo barganhas à margem da lei. Tal situação, de independência face ao direito, abriu campo para o estudo de outras formas de regulação.

“O Teorema de Coase pode ser dividido em duas hipóteses: a hipótese da eficiência e a hipótese da invariância. A hipótese da eficiência afirma que as partes sempre são capazes de chegar a um acordo que corresponde a solução eficiente para a situação. A hipótese de invariância afirma que essa solução será sempre alcançada, não importando como a responsabilidade legal esteja disposta”. KLEIN, Vinicius; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (Coord.). *O que é Análise Econômica do Direito: Uma Introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 74.

<sup>88</sup>Ó(p)timo de Pareto é um conceito de Vilfredo Pareto

Uma situação econômica é ótima no sentido de Pareto quando não for possível melhorar-lá, ou, mais genericamente, a utilidade de um agente, sem degradar a situação ou utilidade de qualquer outro agente econômico. Existem 3 condições que necessitam ser preenchidas para que uma economia possa ser considerada Pareto Eficiente:

Eficiência nas trocas - o que é produzido numa economia é distribuído de forma eficiente pelos agentes económicos, possibilitando que não sejam necessárias mais trocas entre indivíduos, isto é a taxa marginal de substituição é mesma para todos os indivíduos;

Eficiência na produção - quando é possível produzir mais de um tipo de bens sem reduzir a produção de outros, isto é, quando a economia se encontra sobre a sua curva de possibilidade de produção;

Eficiência no mix de produtos - os bens produzidos numa economia devem reflectir as preferências dos agentes económicos dessa economia. A taxa marginal de substituição deve ser igual à taxa marginal de transformação. Um sistema de preços de concorrência perfeita permite satisfazer esta condição.

indicados fossem justificados como a melhor escolha e, desta maneira, fizessem o juízo de valor, indicando que a melhor eficiência fosse também a situação com menor injustiça.

“A análise Econômica do Direito trouxe nova perspectiva de se enxergar o direito como uma ideia de valor, de resultado prático propriamente dito, fazendo com que a eficiência e a eficácia sejam traduzidas como riqueza social, ou mesmo acúmulo de valores. Neste sentido, Richard Posner, identifica como novo valor agregado a ideia de eficiência ligando esta à justiça.

Um segundo significado de “justiça”, e o mais comum eu diria, é simplesmente “eficiência”. Quando nós descrevemos como “injusta” a condenação de uma pessoa sem um julgamento, a subtração da propriedade sem uma compensação, ou o fato de não exigir de um motorista de automóvel negligente que responda por danos à vítima do descuido dele, nós podemos interpretar de maneira simples que a conduta ou prática em questão desperdiça recursos<sup>89</sup>.”

Este novo ideal de justiça, trazido pelos estudiosos filiados à corrente do *Law and Economics*, procurou, sempre baseado nas premissas citadas, demonstrar a ineficiência das leis, apresentando outras formas de regulação como opção, fazendo com que o jurisdicionado tomasse esta ou aquela conduta, ocorrendo, assim, uma regulação pela via do mercado, e, preferencialmente, não pela via da norma legal.

Neste sentido, forçava-se com que a produção legal observasse o mercado, e desta forma seguisse adotando a regulação “empírica” que este mesmo praticava socialmente. Era colocado à prova do cidadão jurisdicionado quase que como uma condição de justiça, e as condutas assim eram determinadas, para não dizer forçadas.<sup>90</sup>

O mesmo citado Richard Posner, através de seus textos, sempre expôs que o mercado tende a atuar sobre o Direito, com um novo ideal de justiça social, apenas denota que isto ocorre por substituição de restrições ou regulações provocadas a

---

Numa estrutura ou modelo econômico podem coexistir diversos ótimos de Pareto. Um ótimo de Pareto não tem necessariamente um aspecto socialmente benéfico ou aceitável. Por exemplo, a concentração de rendimento ou recursos num único agente pode ser ótima no sentido de Pareto.

<sup>89</sup>MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G., *Economics and the Law – From Posner to post modernism and beyond*, 2 ed. Pr: Princeton University.

<sup>90</sup>RODRIGUES, Vasco. *Análise Econômica do Direito: Uma introdução*. Coimbra: Gráfica Coimbra, 2007.

partir da norma legal, para que, num momento *a posteriori*, tal fato ocorresse pelas regras do mercado.

O aprofundamento de estudos acerca da Análise Econômica do Direito é um marco fundamental para uma nova conceituação acerca de eficiência econômica. É por esta mesma razão que ao se acompanhar o mesmo sentido e ideias idênticas a de Richard Posner, que atribui uma nova conceituação de justiça, esta deveras regulada pelo mercado, e sendo considerada por seguidores e estudiosos do *Law and Economics* como a substituição daquela pelo conceito neoclássico de eficiência, como assinalam Nicholas Mercuro e Steven G Medema<sup>91</sup>:

“Contra a ideia de que a lei só pode ser compreendida através do uso da tradicional legal doutrinária conceitos de base em matéria de justiça e de equidade, economia couters que tal entendimento pode ser aumentada (suplantado) por conceitos econômicos, incluindo os critérios de eficiência econômica. Como tal, a Economia em Direito e Economia é um corpo de uma literatura composta principalmente dos conceitos dentro de microeconomia neoclássica e da economia de bem-estar<sup>92</sup>

A Análise Econômica do Direito tinha anseios por uma objetividade, seus estudiosos e depois os seguidores desta tendência, tinham a necessidade de elaborar uma conceituação de justiça, na qual explicasse e fundamentasse as decisões legislativas e judiciais, estas livres de visões político individualistas partindo de uma base objetiva.

O estudo e o desenvolvimento de *Law and Economics* foi uma aproximação ao positivismo jurídico, vislumbrando um posicionamento científico e objetivo do que estudos e discussões que facultassem debates abertos e inconclusivos de per si.

Resultado alcançado para os doutrinadores do Direito que, desejosos por uma objetividade quanto aos seus esforços, encontraram na comunhão dos pensamentos do Direito com a Economia, o ambiente propício para o fomento e o crescimento de tais estudos para desenvolvimento da teoria.

---

<sup>91</sup> MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G.. *Economics and the Law – From Posner to post modernism and beyond*, 2 ed. Pr: Princeton University. p. 35

<sup>92</sup> MERCURO & MEDEMA, - “Against the idea that law can be understood only through the use of traditional legal doctrinal concepts base on justice and fairness, economics couters that such understanding can be augmented (supplanted) by economic concepts, including the criteria of economic efficiency. As such, the Economics in Law and Economics is a body of a literature comprised primarily of the concepts within neoclassical microeconomics and welfare economics”

Como resultado fático, conseguiu-se um resultado satisfatório para as partes, quando estas se preocupavam com índices ou medições que se baseavam exclusivamente em valores financeiros e ganhos mercantis.

Neste sentido, por diversas vezes questionou-se a necessidade da obtenção de uma valorização econômica que despreze direitos, princípios ou demais garantias individuais; o mercado poderia tomar uma direção perigosíssima, pois neste caso um índice mercantil satisfatório justificaria facilmente a supressão de regras e princípios garantidores.

Amartya Sen<sup>93</sup>, em excelente colocação, admite que o mercado deve construir e atender certas regras, confirmado que o sucesso do mercado e dos participantes se dá pela liberdade que eles possuem. Seu excelente senso crítico surge, porém, quando reconhece que é muito perigoso e nocivo quando as liberdades ganham o sentido em rumo ao utilitarismo, pois desse modo valores poderiam ser deixados em segundo plano e quiçá deixarem de existir, face ao poderio mercantil e às satisfações econômicas.

A correta e pontual crítica de Amartya Sen à Análise Econômica do Direito persiste na supressão das liberdades que tal corrente pode ocasionar, tomando assim um caminho rumo ao utilitarismo. De acordo com Amartya Sen, quando estivermos ponderando a utilidade de uma pessoa através da Análise Econômica do Direito, certamente outra pessoa estaria sendo tolhida nas mesmas liberdades e piorando, num aspecto geral, as condições sociais.<sup>94</sup>

Como pontos criticados nas palavras de Marcelo Benacchio<sup>95</sup>, a mercantilização humana é um risco e uma consequência do movimento *Law and Economics*, pois exclui princípios e valores morais à condição e à dignidade humana, que podem ter uma visão míope e opaca levando as relações tuteladas ao utilitarismo.

---

<sup>93</sup>SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. tradução Laura Teixeira Motta; Revisão Técnica Ricardo Dominelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 54

<sup>94</sup> \_\_\_\_\_ Sobre *Ética e Economia*. tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 48

<sup>95</sup> BENACCHIO, Marcelo; PARREIRA, Liziane. *Da Análise econômica do Direito para a ANÁLISE Jurídica da Economia: a concretização da Sustentabilidade*, In Revista Prisma Jurídico, Vol.11, Num 01, Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2012. p. 179-206

Desta forma utilizando-se de uma visão utilitarista, teríamos a possibilidade de mercantilização de bens indisponíveis, o que não seria a melhor maneira e forma de promover-se os comportamentos humanos e individuais, vez que apenas resultados isolados não justificariam a escolha de tais caminhos; continuando ficaria evidenciado que o direito regulado pela economia e sujeito às condições e imposições do mercado seria distante de ser a melhor escolha.

Tal visão ficaria incompleta aos padrões aceitáveis e até toleráveis do momento, pois as escolhas baseadas em Análise Econômica do Direito, não são tomadas depois de avaliadas preferências de serem dignas, ou moralmente aceitáveis, ao contrário, a única observância é quanto ao resultado e eficiência dos métodos, sempre considerando apenas valores econômicos.

Dessa maneira notou-se a utilização do direito apenas para justificar as escolhas, e reforçar os propósitos das decisões tomadas, com isto ficam excluídas as ciências necessárias como a sociologia e a filosofia moral, tendo como resultado um discurso sem valor e carga moral, mercados desvinculados de valores e principalmente a colocação de preço na dignidade humana.

A grande e verdadeira crítica quanto a *Law and Economics*, é pertinente ao modelo sugerido desta escola, uma vez que valores, princípios e principalmente garantias podem ser suprimidas e rapidamente justificadas. Nesse momento, onde temos palavras de ordem como sustentabilidade, liberdade, equilíbrio, responsabilidade, fraternidade, percebe-se que o mercado não deve ser uma instituição a ser combatida, ao contrário deve ser preservada, resguardada e protegida para que os objetivos maiores sejam alcançados.

Apenas deixando o lado crítico e concluindo o que seria um resultado satisfatório, adotando-se um dialogo salutar entre direito e economia, por serem ciências muito diferentes, mas ao mesmo tempo extremamente complexas e complementares, não haveria interesse algum em excluir com tal diálogo a carga de uma destas ciências, ao contrário, o que se busca é o estreitamento destas para que os valores de ambas possam agregarem-se uns aos outros produzindo-se e

aperfeiçoando-se um movimento para que desta volta atendam-se às necessidades humanas, coletivas e sociais também.<sup>96</sup>

## 2.2. O ambiente social da empresa: o mercado

O mercado é a mais relevante instituição do mundo moderno globalizado. Nasceu da divisão do trabalho social<sup>97</sup>, das conquistas e das relações e interações de uma sociedade que foi se tornando heterogênea e diferenciada, como ensinado por Émile Durkheim<sup>98</sup>.

O mercado foi a lacuna que, preenchida, fez entender que ninguém ou mesmo nenhum tipo de sociedade continua autossuficiente. Todos coletivamente precisam interagir e circular suas mercadorias, bens, valores e, atualmente, conhecimento.

Nesta concepção, longe de se desenvolver qualquer dilema, entendeu-se que o mercado atende às necessidades da sociedade moderna e do Estado, sendo um meio, quase que um órgão deste último em prol do desenvolvimento econômico e social. É sempre pertinente a análise de que o mercado não pertence ao Estado, ele é livre e desimpedido, porém deve ser regrado e regulado por ele, sob a pena de ausência de regras e controle do mercado. É a ordem jurídica do mercado.<sup>99</sup>

Novamente, percebe-se de plano o mercado como uma verdadeira necessidade e, de fato, imprescindível à coletividade. Num ambiente complexo demais, onde sempre existirá o binômio “necessidades latentes ilimitadas e recursos

---

<sup>96</sup> BENACCHIO, Marcelo. *A regulação jurídica do mercado pelos valores do capitalismo humanista*. In: Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da.; MEZZAROBA, Orides (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 205

<sup>97</sup> WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Brasília: Editora da UnB, 1991. p. 94

<sup>98</sup> DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. 11 ed. São Paulo: Editora Nacional, 1984. p. 119

<sup>99</sup> IRTI, Natalino. In *Revista de Direito Mercantil, industrial Econômico e Financeiro*, 2007 (janeiro) N°.: 145 – p. 44-49

limitadíssimos", o mercado é capaz de viabilizar essa transferência e ainda ter como resultado produtos necessários a sua manutenção e permanência.<sup>100</sup>

A função social do mercado é algo maior do que relacionarmos o mercado apenas com o ambiente de troca de bens e serviços e circulação de riquezas. A função social do mercado pode ser considerada como uma estrutura da sociedade moderna, pois é através do mercado que a sociedade atualmente se estrutura, inclusive o Estado.

Sem perigo, quando percebemos que os atuantes do mercado começam a colocar em segundo plano, ou simplesmente esquecem-se do aspecto social dele, temos a ruptura do equilíbrio que ele pode proporcionar, bem como a destruição da funcionalidade coletiva do ambiente. É de suma importância que o mercado apresente ou mesmo mantenha níveis de atendimento social com equilíbrio e responsabilidade.<sup>101</sup> Corroborando com esta linha de raciocínio, Paula Forgioni demonstra, em breves linhas, o papel que o mercado possui de influenciar e nortear as pessoas de uma sociedade, o que, há pouco, nos fez referir a ele como "algo maior".<sup>102</sup>

"Referimo-nos ao mercado como sujeito. Apresenta-se anônimo e independente da "vontade" de alguém, mas assume marcante personalidade, a ponto de ser referido não apenas como pessoa, mas, às vezes, como deus, cuja vontade é impossível contrariar. Alguns o vêem no preâmbulo de nossa Constituição, outros restam embevecidos com a "mágica do mercado". Ele acorda "nervoso" ou "tranquilo", "reage bem" à declaração do presidente, "comemora" a eleição de "seu" candidato (o mercado tem seus candidatos!). Existe entre nós como um "grande irmão", que tudo sabe e a tudo reage. Moinho satânico, tritura nossos valores e afeições."

Há pensamentos modernos que definem que a tarefa do mercado e das relações econômicas é gerar riqueza. A conquista e a promoção do bem comum

---

<sup>100</sup>FORGIONI, Paula A. *A evolução do Direito comercial Brasileiro: Da Mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.129

<sup>101</sup> \_\_\_\_\_ *A evolução do Direito comercial Brasileiro: Da Mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.130

<sup>102</sup> \_\_\_\_\_ *A evolução do Direito comercial Brasileiro: Da Mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.154-155

devem ser uma tarefa do sistema político e da democracia<sup>103</sup>, seguindo nesta linha a lição de Aristóteles<sup>104</sup>. No mesmo sentido, o prêmio Nobel Kenneth Arrow salienta que é intangível o bem comum, ao menos no sentido do mercado e das relações econômicas.<sup>105</sup>

Muitas vezes, faz-se necessário tomar cuidado com as expressões e exemplos. Não se pretende que no mercado os indivíduos não atuem para as suas necessidades. O que se observa é que o mercado e a atuação dos seus participantes devem sempre estar acompanhados de confiança, ética e respeito, repudiando sempre a atuação de maneira diversa no mercado. Tal atuação, quase sempre, será aviltante e irresponsável à coletividade, bem como para o desenvolvimento das relações econômicas.

Afinal, o mercado deve servir para atender à coletividade, também inserindo-se nela como participante, apenas considerando que ele retira recursos do ambiente. O mercado atua e retira da economia suas necessidades, bem como entrega e transfere as condições necessárias e os desejos da população. Apesar de possuir um papel quase que imperceptível, mas totalmente vital, o mercado conduz a economia e consequentemente a sociedade.<sup>106</sup>

De forma breve Paula Forgioni define o mercado como uma instituição social:<sup>107</sup>

“[...] que o sistema de condução da economia formata a maneira de os indivíduos se relacionarem e, portanto, seu modelo de conduta. Assim, admitir o mercado como uma instituição social é reconhecer que condiciona o comportamento das pessoas e os modelos de relações que entre elas se estabelecem; o mercado relaciona-se estreitamente à sociedade, imprimindo-lhe sua lógica peculiar.”

---

<sup>103</sup>SALES, Carlos. *As Máscaras da Democracia*. In Revista de Sociologia e Política, junho/2005, p. 233-245.

<sup>104</sup>ARISTÓTELES. *A Ética*. São Paulo, Editora Atenas, s/d. ARISTÓTELES, *Retórica*. Lisboa, Imprensa Nacional, s/d. Ver sobre Aristóteles, BERTI, Enrico. “As razões de Aristóteles”. São Paulo, LOYOLA e também PEREIRA, Oswaldo Porchat. “Ciência e dialética em Aristóteles”. São Paulo, Editora UNESP, 2000. p. 27

<sup>105</sup>ARROW, Kenneth. *Social Choice and Individual Value*. New Haven, Yale U. Press, 1970.

<sup>106</sup>FORGIONI, Paula A. *A evolução do Direito comercial Brasileiro: Da Mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.185 e ss.

<sup>107</sup>FORGIONI, Paula A. *A evolução do Direito comercial Brasileiro: Da Mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.189.

Na busca de definições, percebe-se que o mercado vai perdendo um pouco daquele significado romântico e nostálgico, sob o qual fora criado e definido em livros de história e também em lições de desenvolvimento sociais. Convém destacar um questionamento de Francesco Galgano<sup>108</sup>, que em uma de suas obras, ao distinguir empresário, completa:

“[...] a resposta pode, à primeira vista, parecer óbvia: empresário é aquele que na atividade de produção ou de troca, arrisca a própria riqueza”.

Predicado a informação trazida nas linhas anteriores, não se quer dizer que o atuar no mercado não deva satisfazer as necessidades individuais, deve-se sempre buscar esse resultado. O que se pretende defender é sempre a existência de mecanismos e estruturas que protejam a coletividade e as relações sociais na qual o mercado atua e interage.

Outro aspecto que deve ser ponderado quando falamos de atuação do mercado é a submissão do Direito ao mercado. Para que tal problema não aflija mais e mais o país, uma vez que é nítida no Brasil a submissão do Direito às grandes estruturas econômicas monopolistas, fazendo dele uma ferramenta incentivadora de tais práticas, quando deveria ser o oposto, deve-se atentar sempre às estruturas e mecanismos de proteção e buscar a ampliação e modernização destes na sociedade moderna.

Com a mesma retórica, Tércio Sampaio Ferraz Júnior afirma que o Direito precisa conhecer os fins sociais a que se propõe, sob pena de ser ineficiente:

“A ordem jurídica, como um todo, é um conjunto de normas para tornar possível a sociabilidade humana; logo, dever-se-á encontrar nas normas o seu fim (telos), o que não poderá ser anti-social.”<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup>GALGANO, Francesco. *L'impreditore*. 3 ed. Bolonha: Zanichelli Editore, 1980. p.165

<sup>109</sup>FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 7 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

Economia e Direito devem se aproximar cada vez mais sempre que o mercado for citado. É a Economia que descreverá o comportamento das pessoas, sob o ponto de vista econômico e as instituições tem uma importância ímpar na vida em sociedade.

Desta maneira, ficam as instituições responsáveis pela definição das relações econômicas entre os indivíduos de uma sociedade e, com isso, reconhece-se o Direito como fundamental por influenciar decisões dos mais diversos agentes econômicos, exercendo tal influência à medida que atribui e transfere segurança às trocas econômicas.

Logo, o Direito importará ao mercado, pois a eficiência de trocas econômicas depende efetivamente de um custo, e este deve ser competitivo aos agentes do mercado. Dessa maneira, temos que o Mercado é uma formação social, regido pela lei da oferta e procura, descrita por economistas e servindo de referência à relação e interação dos participantes do mercado.

O resultado prático disto foi uma mudança necessária que a sociedade assumiu, abandonando individualismos e indo ao alcance de coletivismos, anotando que o fator verdadeiramente importante foi a superação de pensamentos, pois o coletivismo buscado é o social e não apenas um coletivo, que se busca satisfazer apenas algumas partes.

Marcelo Benacchio<sup>110</sup> exemplifica de maneira simples que o mercado não pode e não deve ser considerado como apenas uma instituição que tem como corpo seus bens e contratos, como também a regulação pelo direito. Para este autor o mercado além de tudo já citado, é um ambiente socialmente criado, onde as pessoas interagem e buscam atender as suas necessidades.

Nas palavras de Marcelo Benacchio mercado também seria o local da busca e procura das necessidades humanas:

---

<sup>110</sup> BENACCHIO, Marcelo. *A Regulação Jurídica do Mercado pelos Valores do Capitalismo Humanista*. In SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; e MEZZAROBA, Orides. *Empresa Sustentabilidade e funcionalização do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 201

“O mercado não é composto apenas por bens e contratos, regulados pelo Direito, mas, sobretudo, por seres humanos, a finalidade do mercado é atender às necessidades humanas.”<sup>111</sup>

O entendimento maior passou a ser a função social, que admite muitas interpretações e até mesmo divisões, como função social da propriedade, função social da empresa, função social do capital dentre outras. Este novo entendimento trouxe um novo modo de pensar e interpretar as finalidades como um todo. O que se busca é o atendimento maior a uma coletividade, definindo como atender socialmente ao que se propõe, uma vez que o modelo que visa calibrar todo esse sistema é o Estado de Direito Democrático Social.

É nesse entendimento que o direito de empresa tem sua gênese, o qual visa encaixar os fins sociais da empresa aos anseios e atendimentos sociais que se fazem necessários.

O direito de empresa se constrói ante a uma necessidade de atendimento à função social, ao mesmo tempo em que deixa claro que se rediscute toda a teoria de que as necessidades sociais e coletivas devem ser residualmente atendidas à medida que a empresa e o mercado confirmam seus atos e praticam suas atividades.

A nova figura que aparece é como o Estado Social Democrático de Direito vai se redesenhar para que ocorram os atendimentos aos anseios sociais, bem como às prestações sociais às quais o Estado não alcança, com isso promovendo uma melhor responsabilidade social. A ordem econômica fica efetivada no que tange aos anseios empresariais e às necessidades autônomas das organizações, cientes de que o “*globalismo localizado assinala o impacto do global sobre o local*”.<sup>112</sup>

É necessário identificar os elementos que definem as funções sociais e éticas da empresa e do mercado, tidos primeiramente como princípios hermenêuticos<sup>113</sup>, partindo do pressuposto sobre o que seria a funcionalidade social, para depois

---

<sup>111</sup> BENACCHIO, Marcelo. *A Regulação Jurídica do Mercado pelos Valores do Capitalismo Humanista*. In SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; e MEZZAROBA, Orides. *Empresa Sustentabilidade e funcionalização do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.195

<sup>112</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Globalização, Neoliberalismo e o Direito no Brasil*. Londrina: Humanidades, 2004. p. 50

<sup>113</sup> FIUZA, Cesar. *Contratos de Adesão*. 2002. p. 96

considerar a atuação constitucional da ordem econômica, função social e a ética da empresa.

Concluindo, é de fato necessária a consolidação de uma hermenêutica integrativa sobre a ordem econômica, função social e ética empresarial, para que se defina e se estabeleça para empresa o que seria socialmente aceitável ou não. Noutras palavras, o mercado demonstraria por si só os termos da prestação social.<sup>114</sup>

---

<sup>114</sup>SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 48

## Capítulo III - A Resposta do Direito em face da Disfunção Social da Empresa

### 3.1. As sanções predispostas pelo direito positivo brasileiro em caso de disfunção social

A palavra sanção é derivada do latim, *sanctio, onis*, que no inicio significava confirmação, ratificação, validação, confirmação. O verbo *sancire* era o mesmo que consagrar, ordenar, decretar. No entanto, com o passar dos anos, o vocábulo ganhou um significado negativo, de punição ou castigo. Por consequência, *sancire* também passou a ter o mesmo caráter negativo. Destas alterações semânticas ocorridas no decurso da história, resultou que a palavra sanção passou a admitir dois significados distintos: sanção da lei – ato pelo qual a lei é sancionada-, que consiste em torná-la sagrada, obrigatória, perfeita, inviolável; e, pena, castigo, punição imposta pela lei a quem não cumpre a conduta prescrita.<sup>115</sup>

Contemporaneamente, o direito utiliza a expressão sanção jurídica nestes dois sentidos, adotando-a tanto para se referir ao ato pelo qual o chefe do Poder Executivo aprova projeto de lei que obedeceu todas as regras do processo legislativo, dando origem a uma nova lei, quanto para dar nome a uma punição, esta em razão do descumprimento de uma norma jurídica.<sup>116</sup>.

Em relação à acepção político constitucional da expressão sanção jurídica, devemos ficar apenas com tal menção, pois para a concretização e objetivo deste trabalho, interessa-nos a interpretação e análise da sanção como conceito relacionado à estrutura da norma jurídica.

O centro dos debates da filosofia do direito e também da teoria geral do direito sempre foi a norma jurídica. A procura por critérios e condições que de forma completa e satisfatória pudessem caracterizá-la acabou por conferir a ela um papel importantíssimo e de destaque.

---

<sup>115</sup> BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*; tradução de Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Editora Manole, 2007. p.24

<sup>116</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 8ed., São Paulo. Editora Saraiva, 2013.

Norberto Bobbio<sup>117</sup> realiza uma divisão quanto aos filósofos do Direito chamando de “sancionistas” e “não sancionistas”. Os primeiros entendem que sanção é elemento constitutivo do direito. Diversamente, os últimos concebem a sanção como um elemento secundário.

Para os “sancionistas” há, assim, uma relação interdependente entre norma jurídica e sanção. Segundo Hans Kelsen, a completude da norma jurídica requer uma estrutura que deve estar acompanhada, necessária e cumulativamente, de uma norma secundária – que descreve um fato e predicadamente ao fato prescreve um comportamento a ser realizado – e de uma norma primária que estabelece uma sanção para os casos de violação ou mesmo de não atendimento ao comportamento descrito. Na falta desta estruturação binária, estar-se-á defronte ao que os jurisconsultos romanos chamam de *leges imperfectae*.

Como um caminho a percorrer quando diante de uma *leges imperfectae* traduzida de norma, tem-se a verdadeira oportunidade de desenvolver uma função do direito que não mais se limitaria a tutelar os atos e as condutas, mas que nos daria a oportunidade de indicarmos a melhor conduta ao particular. Estaríamos defronte da função promocional do direito, deixando este de ter apenas sua função protetora. A melhor forma de ocorrência desta função promocional do direito é através do oferecimento das sanções premiais ou positivas.<sup>118</sup>

O óbice atestado pelos adeptos da corrente não sancionista é o fato inconteste da existência de normas desprovidas de sanção no ordenamento jurídico (as normas de direito público que tem função organizativa, por exemplo). Segundo essa corrente, basta a mera descrição de uma hipótese de fato e a aplicação de consequências jurídicas, sendo estas sanções ou não.

Norberto Bobbio, em contra-argumentação, sustenta que a essência da teoria sancionista é a existência do mecanismo e procedimento de sanção institucionalizada, inserida no ordenamento jurídico considerando em seu todo, não com relação a uma norma singular, importando em afirmar que talvez nem todas as

---

<sup>117</sup>BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*; tradução de Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Editora Manole, 2007. p.27

<sup>118</sup> *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*; tradução de Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Editora Manole, 2007. p.24

normas precisem ser sancionadas, mas que grande parte, ou mesmo a maior parte delas, deveria ser.

Por sanção institucionalizada ou organizada, esclarece Norberto Bobbio, deve-se entender três coisas, que podem não estar presentes conjuntamente: (i) o estabelecimento da respectiva sanção para toda violação de uma regra primária, de modo que se tenha a certeza da resposta; (ii) o estabelecimento da medida da sanção, ainda que dentro de certos limites, para que se assegure a proporcionalidade entre a violação e a resposta; (iii) a designação do órgão encarregado de executar a sanção, a fim de garantir-se a imparcialidade<sup>119</sup>.

Para Norberto Bobbio, estas três limitações permitem diferenciar a sanção jurídica das demais sanções sociais. É que, diferentemente da sanção moral, que é uma sanção interna, pois que infligida pelo indivíduo a ele mesmo, tanto a sanção social quanto a sanção jurídica são sanções externas, isto é, respostas infligidas por outrem ao transgressor de uma norma. Mas, ao contrário da sanção social, a sanção jurídica é institucionalizada, o que acaba lhe conferindo uma “eficácia reforçada” em relação às normas morais e sociais<sup>120</sup>.

Neste ponto, tem-se condições de determinar algumas características da sanção jurídica, mas saber-se-ia afirmar categoricamente, qual o seu conceito? Grande parte da doutrina, quase que como uma convenção, conceitua sanção como violação a uma regra ou norma.

O sistema jurídico sabe da possibilidade de vir a sofrer violação, pois suas condutas são prescritas de dever ser, não necessariamente a ação deve ser tomada como certa e legítima – Ser. Fazendo, assim, contraponto a tal eventualidade, ele determina e fixa consequências no sentido de reconduzir a ação para o sentido do direito como certo.

Maurício Bunazar concebe a sanção como o mecanismo de que se vale o ordenamento jurídico para neutralizar situações tidas como intoleráveis, configuem

---

<sup>119</sup>BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*; tradução de Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Editora Manole, 2007. p. 151-154.

<sup>120</sup> *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*; tradução de Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Editora Manole, 2007. p. 146-154.

essas situações uma conduta (ação – ato ou atividade – ou omissão), um resultado ou ambos <sup>121</sup>. Assim, o ordenamento consegue garantir sua conservação, o que, aliás, é o fundamento da sanção.

O sujeito que causa danos injustamente passa a ser obrigado a indenizar. Ao homicida, aplicam-se as penas privativas de liberdade. Ao contribuinte impontual, que paga seu tributo após o seu vencimento, aplica-se multa. Ao condutor que inobserva regras de trânsito, e nele comete penalidades, soma-se pontos à sua carteira de habilitação. Ao servidor público que comete determinadas faltas graves, aplica-se a pena de demissão a bem do serviço público.

Todos esses exemplos comprovam faticamente que toda contrariedade a direito é passível de sanção e, com isso, de maneira prática, a aplicação de penas. Dessa afirmação, surge como resultado que o ordenamento jurídico autoriza o legislador a instituir sanções sempre que tiver lugar uma conduta ilícita. Como regra geral, o legislador procura sancionar as condutas e/ou resultados indesejáveis, pois dessa maneira, se adotada uma posição sancionista, a maior parte das normas jurídicas singularmente consideradas, devem estar acompanhadas de sanção. Contudo é defeso, mesmo que de difícil ocorrência, a ordem jurídica prescrever conduta determinada sem fazer ligação de sua inobservância para quaisquer consequências.

Por exemplo, a existência de norma em nosso ordenamento jurídico que reserva a determinado grupo – idosos, gestantes, portadores de deficiências, pessoas com dificuldade de locomoção e pessoas com crianças de colo – o uso preferencial de assentos nos meios de transporte coletivo. Estamos aqui diante de norma pertencente ao ordenamento jurídico, sendo que o legislador não quis estatuir sanção para o simples descumprimento da conduta indicada por ela.

Dessa maneira, caso alguma pessoa se sente em um assento de uso preferencial no transporte coletivo, sem possuir a qualidade necessária para tanto, provocará um sentimento repugnante, de negação, de reprovação nos demais

---

<sup>121</sup>Maurício Bunazar expõe três hipóteses: valoração negativa da conduta e do resultado (dano injusto causado por conduta culposa ou dolosa); valoração negativa de um resultado apenas (dano injusto como resultado da conduta de estado de necessidade); valoração negativa da conduta apenas (vizinho que constrói obra com o fim exclusivo de impedir a passagem do sol e é condenado a desfazê-la antes mesmo de o sol aparecer). *Taxonomia da sanção civil: para uma caracterização do objeto da responsabilidade civil*, in Revista Juris da Faculdade de Direito, Fundação Armando Alvares Penteado, v. 5, janeiro a junho/2011, São Paulo, FAAP, 2010, p. 39-42.

usuários, caracterizando-se esta, como uma sanção social, mas sem maiores repercussões no mundo do direito. Feitas estas considerações acerca dos aspectos gerais da sanção jurídica, cumpre analisar se a disfunção da empresa gera alguma sanção.

Esta nova forma de se encarar e adequar o Direito é de fundamental importância, visando compreender e estabelecer as transformações necessárias para o crescimento do Estado Social e as transformações da sociedade contemporânea, promovendo assim um Estado de justiça e bem-estar coletivo.

A compreensão de tal fato é de relevância ímpar, pois se refere à passagem do Estado Garantista para o Estado Dirigista, reforçando o fato do Direito ser apenas um instrumento de “controle social” direcionando uma sociedade ansiosa por estabelecer, enaltecer e aumentar suas garantias e direitos sociais num ambiente extremamente mutante e simbiótico.

Tal função tem extensão definida no Estado e sociedade contemporâneos, deixando no passado a ideia de que o ordenamento jurídico tem apenas uma função protetora e repressiva, sendo a primeira relativa aos interesses essenciais na visão daqueles que fazem as leis e a segunda às ações que se opõem. Na verdade, cria-se ou almeja-se uma estruturação para a promoção de atos socialmente desejáveis, isto é, a aplicação de mecanismos que dificultem ou mesmo coíbam ações indesejáveis que gerariam penas, sanções, indenizações, multas, correções, reparações, dentre inúmeras outras.<sup>122</sup>

### 3.2. Função Promocional do Direito

Ao considerarmos o sistema jurídico como um todo, dentre todas suas articulações, relações e inter-relações, o Direito torna-se um subsistema que se coloca em pé de igualdade com outros subsistemas como o político, o cultural, o econômico e o social, algumas vezes complementando-os, outras vezes

---

<sup>122</sup>BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*; tradução de Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Editora Manole, 2007.

sobrepondo-se e noutras contrapondo-se. É a função que desempenham que estabelece ou busca estabelecer uma distinção clara e precisa entre os subsistemas que compõe o sistema social.<sup>123</sup>

Nas palavras de Genaro R. Carrió, o Estado tem uma imagem simplista, sustentada por grande parte da doutrina da teoria geral de Direito europeia, que tem este como um organismo estabelecedor das regras do jogo, que institui um árbitro para controle da situação.<sup>124</sup>

Uma vez que não é possível considerar que a teoria geral do Direito continua imutável ante as mudanças e necessidades que surgem diuturnamente, tal afirmação não pode ser constante, já que não é mais plenamente aceita para as novas finalidades a que se propõe o Estado, através de novas regras de controle e ajustes sociais.

O ponto inicial, que se pode anotar como as novas técnicas de ajustes e controles sociais, carecedoras de maiores e mais complexos estudos a seu tempo, é a conceituação do novo Estado Social de tempos atuais, em que, diferente do Estado Liberal, se aprimora e enaltece a utilização num sentido de atendimento, face às antigas técnicas proibitivas, restritivas e punitivas que se utilizavam. Percebe-se que a mudança de pensamento e mesmo de anseios sociais passa a comportar de maneira natural a adoção de sanções positivas.

O novo diálogo necessário tem como centro, deixando de lado, a teoria que atribui ao direito apenas as suas funções protetoras e repressivas, uma vez que ambas estão sempre sobrepostas, complementando-se uma à outra e gerando, com isto, uma proteção às condutas permitidas, a serem consideradas tanto as condutas permitidas como as obrigatórias definindo geralmente como atos lícitos, em face de condutas proibidas, ou ilícitas, que devem ser reprimidas.

---

<sup>123</sup>BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*; tradução de Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Editora Manole, 2007. prefácio

<sup>124</sup>CARRIÓ, Genaro R. *Sul Concetto di obbligo giuridico*. “Rivista Di Filosofia” LVII. In: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*; tradução de Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Editora Manole, 2007. p.1

Christianus Thomasius<sup>125</sup>, que considerava o direito como uma aglomeração de normas e condutas negativas, através do conceito de “*neminem laedere*”, servindo este também como um critério simples e claro para a diferenciação entre as normas de direito e as normas de moral individual e social.

Adotando a máxima de que, para se garantir um bem menor, dever-se-ia reprimir um mal maior a todos, no momento, o que ficou definido como um bem menor foi a paz e, como mal maior, foi a guerra. Desta maneira seria necessário, através da teoria de Christianus Thomasius, apenas a realização de normas negativas ou repressivas.

A falha cometida em tal teoria, como em grande parte de algumas teorias simplistas e reducionistas, seria a falsa definição do que o Direito deveria ser. Dessa maneira, percebe-se claramente a situação da teoria como uma ideia, uma ideologia, uma abstração para definir o ideal de como deveria ser o Estado, deixando de lado a realidade existente.

A outra teoria, esta conhecida por toda doutrina do positivismo jurídico, tem como expoentes Austin, Jhering e Hans Kelsen. Nela fica caracterizado que o direito atinge os seus objetivos através da aplicação de sanções negativas<sup>126</sup>, sendo o Direito uma ferramenta ou instrumento coativo para tanto.<sup>127</sup>

À medida que a sociedade evolui, as transformações são inevitáveis. No século XIX, Herbert Spencer<sup>128</sup> buscou entender e desenvolver a evolução histórica da teoria do Direito e de seu ordenamento jurídico, diferenciando-se de Christianus Thomasius, uma vez que este buscava a essência do Direito, buscando a sua natureza, embora seja considerado por muitos como o iniciador e estudioso de uma teoria do Direito com aspectos e sentido de coação.

---

<sup>125</sup>BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*. tradução de Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Editora Manole, 2007. p.3

<sup>126</sup>\_\_\_\_\_. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*. tradução de Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Editora Manole, 2007. p.27

<sup>127</sup>Zwangsordnung. Trabalhos Forçados / posição forçada / medida coerciva / forçosamente, por força, à força – Langenscheidt, Taschenwörterbuch Portugiesisch (Portugiesisch – Deutsch / Deutsch – Portugiesisch) – Editora Langenscheidt

<sup>128</sup>BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*. tradução de Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Editora Manole, 2007. p.4

Em palavras mais simples, é preciso distinguir as normas positivas e normas negativas das sanções positivas e das sanções negativas, pois “comandos e proibições” devem ser consideradas de outra forma que “prêmios e castigos”: <sup>129</sup>

“As duas distinções não se sobrepõem. Ainda que, de fato, as normas negativas se apresentarem habitualmente reforçadas por sanções negativas, e as sanções positivas se apresentarem predominantemente predispostas as (e aplicadas para o) fortalecimento das normas positivas, não há qualquer incompatibilidade entre normas positivas e sanções negativas, de um lado, e normas negativas e sanções positivas, de outro. Em um sistema jurídico, muitas das normas reforçadas por sanções negativas são normas positivas (comandos de dar ou fazer).

Neste sentido, Norberto Bobbio coloca formas de promoção de condutas e rotinas a serem aconselhadas ao particular, para que no caso específico ocorra a melhor escolha, aqui estão as situações que podem vir a ocorrer: <sup>130</sup>

As técnicas de encorajamento do Estado assistencial contemporâneo aplicam-se, embora mais raramente, também às normas negativas. Em outras palavras, pode-se tanto desencorajar a fazer quanto encorajar a não fazer. Portanto, podem ocorrer, de fato, quatro diferentes situações : a) comandos reforçados por prêmios; b) comandos reforçados por castigos; c) proibições reforçadas por prêmios; d) proibições reforçadas por castigos.

Ainda Norberto Bobbio, quanto à distinção de comandos e proibições e entre prêmios e castigos: <sup>131</sup>

Apesar de as duas distinções – entre comandos e proibições, e entre prêmios e castigos – não se sobreponham, os prêmios estão, com efeito, geralmente ligados a comandos, e os castigos, a proibições. Existe a tendência de premiar ou punir

<sup>129</sup>BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*. tradução de Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Editora Manole, 2007. p. 6

<sup>130</sup> \_\_\_\_\_ *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*. tradução de Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Editora Manole, 2007. p. 6

<sup>131</sup> \_\_\_\_\_ *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*. tradução de Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Editora Manole, 2007. p.6

uma ação mais do que uma omissão – mas uma ação ou é o comportamento conforme a um comando, ou é o comportamento não-conforme a uma proibição. Em outras palavras, é mais fácil premiar uma ação do que uma omissão – mas, então, aquilo que é premiado é um comportamento previsto por uma norma positiva. É mais fácil punir uma ação do que uma omissão – mas, então, aquilo que se pune é um comportamento contrário a uma proibição. Se quisermos uma prova do contrário, considere-se uma omissão – esta pode ser tanto um comportamento de acordo com uma proibição quanto um comportamento contrário a um comando. No primeiro aspecto, é um comportamento que se prolonga no tempo e está destinado a não se suscitar uma reação positiva determinada; no segundo aspecto, induz mais a uma reparação do que a um castigo.”

### 3.3. Consequências da disfunção social da empresa

Como já sinalizado, as noções de função social da propriedade e da empresa, embora distintas, imbricam-se no sistema jurídico brasileiro. Pode-se afirmar, com certa segurança, que a ideia de função social da empresa tem sua causa eficiente na de função social da propriedade e, portanto, é a partir desta ligação que se analisará o tratamento que o sistema jurídico dispensa à empresa disfuncional.

A Constituição Federal de 1988 disciplina a situação jurídica dominial de maneira eminentemente dialética, pois, ao mesmo passo que reconhece o direito de propriedade, impõe o cumprimento de sua função social. (CF, art. 5, incisos XXII, XXIII)<sup>132</sup>. Este tratamento dialético se repete quando da disciplina constitucional da atividade econômica, pois, enquanto o inciso II do artigo 170<sup>133</sup> estabelece a

---

<sup>132</sup>Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

<sup>133</sup>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:

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

propriedade privada como fundamento da ordem econômica, o inciso III impõe igualmente como um de seus fundamentos, que ela cumpra uma função social.

A respeito da função social, Eros Roberto Grau<sup>134</sup> ensina que:

“O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade. Vinculação inteiramente distinta, pois, daquela que lhe é imposta mercê de concreção do poder de polícia.

Essa a razão pela qual anteriormente afirmei que a afetação de propriedade – não de todas elas, que alguma, como vimos, são dotadas de função individual – por função social importa não apenas o rompimento da concepção, tradicional, de que a sua garantia reside em um direito natural, mas também a conclusão de que, mais do que meros direitos residuais (parcelas daquele que em sua totalidade contemplava-se no utendi fruendi et abutendi, na plena in re potestas), o que atualmente divisamos, nas propriedades impregnadas pelo princípio, são verdadeiras propriedades-função social e não apenas, simplesmente, propriedades. O princípio da função social da propriedade, desta sorte, passar a integrar o conceito jurídico positivo de propriedade (destas propriedades), de modo a determinar profundas alterações estruturais na sua interioridade.

Em razão disso - pontualizo – é que justamente a sua função justifica e legitima essa propriedade.”

Às lições de Eros Roberto Grau não há reparo a se fazer, porém, diferentemente daquilo que se passa com a disciplina das propriedades urbana e rural, cujas disfunções, em *ultima ratio*, levam à desapropriação-sanção, a disfunção social da empresa não conta com sanção constitucional imediata e tampouco com alguma sanção legal.

Destarte, e diante do imperativo de legalidade vazado na fórmula do inciso XXXIX do artigo 5º<sup>135</sup>, não há como, coerentemente, sustentar que, ao mesmo

---

<sup>134</sup>GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Malheiros, 2002. p. 213

<sup>135</sup>Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, [...] nos termos seguintes:

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

tempo, haja respeito à Constituição Federal e à sanção, não prevista em lei, à empresa disfuncional.

Desnuda-se, assim, diante do intérprete, uma situação de algo paradoxal: a Constituição Federal impõe que a empresa cumpra uma função social, mas o faz mediante norma imperfeita, ou seja, desprovida de sanção. Diante disto, ao menos aparentemente, a Constituição Federal tolera – se não estimula- verdadeira situação de desigualdade material entre empresas.

Ora, não há como negar que a empresa que, respeitando a Constituição Federal, cumpre a função social, por exemplo, por meio de prestações sociais, poderá restar em posição de desvantagem competitiva frente àquela que, fiando-se na inexistência de sanção, ignora o imperativo constitucional.

Se é verdade que o princípio da legalidade impede que, no quadro normativo atual, a empresa disfuncional seja sancionada, é igualmente verdadeiro que o princípio da igualdade material assegura à empresa funcional meios de equalização competitiva.

É justamente um desses meios de equalização competitiva que pretendemos demonstrar a seguir.

### **3.4. Solução proposta: as sanções premiais como remédio contra a desigualdade**

Trata-se de um controle jurídico voltado para a super-execução de comandos como os das proibições, proporcionando e buscando a utilização ampliada de técnicas de encorajamento.

Entre juristas, sempre que houve o assunto sanções, estas eram tratadas apenas em relação às sanções negativas. Filósofos, sociólogos, cientistas sociais e demais estudiosos das ciências ditas humanas, entre outros, buscaram sempre ampliar o significado de sanção, muitas vezes atribuindo aspectos positivos, como recompensas e prêmios.

Quando se admite o desenvolvimento de uma função, no caso específico, as sanções negativas, busca-se, numa primeira oportunidade, proteção quanto à

prática de condutas autorizadas e, simultaneamente, repressão a consultas negativas ou indesejadas, através das sanções negativas.<sup>136</sup>

Com o aparecimento do Estado Assistencial contemporâneo, foi o Direito o responsável pela promoção de atos inovadores, condutas que visavam o fortalecimento deste Estado protetor e inovador às relações. Desta maneira, ficou o ramo do Direito com a função de não apenas perseguir atos conformes do Estado, mas, principalmente, abarcar uma função promocional, promovendo condutas assistencialistas e, obviamente, acompanhadas estas de sanções positivas.<sup>137</sup>

Cabe nesta oportunidade uma expressão de Miguel Reale<sup>138</sup> que define sanção premial como sendo uma sanção positiva, visando o cumprimento e atendimento da norma jurídica:

“É uma sanção premial... podemos dizer que, atualmente, excogitam-se técnicas mais aperfeiçoadas para obter-se o cumprimento das normas jurídicas, através não de sanções intimidativas, sim através de processos que possam influir no sentido de adesão espontânea dos obrigados, como os que propiciam incentivos e vantagens. [...] Assim, ao lado das sanções penais, temos as sanções premiais, que oferecem um benefício ao destinatário, como, p.ex., um desconto ao contribuinte que paga o tributo antes da data do vencimento”.

O mesmo ocorrente na espécie. Nada, pois, de injurídico. Não é multa, posto que, ausente o caráter penal, é assim um estímulo à pontualidade.

Quando consideramos castigo uma sanção negativa, por meio de uma lógica simplista, temos que o prêmio é uma sanção positiva e, desta maneira, considera-se a sanção positiva a resposta a uma conduta desejável, que se desejava que fosse produzida, tendo assim o resultado almejado<sup>139</sup>. Ora, se isolarmos os pólos e as respectivas condutas, teremos uma devolução de mal com o mal e de bem com o

---

<sup>136</sup>BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*. tradução de Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Editora Manole, 2007.

<sup>137</sup>\_\_\_\_\_. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*. tradução de Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Editora Manole, 2007. p. 32

<sup>138</sup>REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 13 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1986. p. 75-77

<sup>139</sup>BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*. tradução de Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Editora Manole, 2007. p.28

bem, buscando, desta forma, moldar ou mesmo promover uma série de condutas desejáveis.

Continuando, ao se considerar o castigo, este nada mais é do que uma desvantagem ou a privação de uma vantagem. Da mesma forma, ao se considerar o prêmio, temos a obtenção de uma vantagem ou a privação de uma desvantagem, tendo as sanções, independentemente da qualidade, de serem positivas ou negativas.

As sanções negativas são, assim, consideradas como medidas retributivas, penas e resarcimento de danos. São remédios para as consequências de uma conduta não pretendida, diferentemente das sanções positivas, que alcançam ao fim que se pretende.

Também podemos considerar que as sanções positivas podem retribuir a prática de uma ação que seja vantajosa e favorável à coletividade, também podem ter o caráter de premiar o agente praticante da mesma, neste último caso podendo ser denominadas indenizações.<sup>140</sup>

No que se refere a sanções positivas no Direito, temos uma leve diferenciação sobre os prêmios, uma vez que estes, diferentemente das penas, foram tratados com relação às sanções sociais e não quanto às sanções jurídicas<sup>141</sup>. Logo, foi de rápida relação indicar que sanções jurídicas seriam sustentadas por teorias que admitem e definem as sanções negativas e que, nem sempre, as sanções positivas deveriam ser sanções jurídicas.<sup>142</sup>

Norberto Bobbio<sup>143</sup> sobre sanções:

“Há substancialmente, duas teorias predominantes sobre sanção jurídica: a teoria que dá particular destaque ao aspecto da institucionalização, isto é, ao fato de que a resposta à violação de normas do sistema, no caso do sistema jurídico, é ela própria,

<sup>140</sup>BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*. tradução de Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Editora Manole, 2007. p.26

<sup>141</sup>REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 13 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1986.

<sup>142</sup>BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*. tradução de Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Editora Manole, 2007. p. 6

<sup>143</sup>\_\_\_\_\_. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*.tradução de Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Editora Manole, 2007. p.27

regulada por normas do sistema, que visam torná-la o mais constante, proporcional ao delito, imparcial e certa possível; e a teoria que, acentuando o momento do exercício da força por parte do poder constituído, identifica a sanção jurídica com a coação, isto é, com aquele modo particular de infligir um mal que é o exercício da força física<sup>144</sup>. Essas duas teorias não são, em absoluto, incompatíveis. Aliás, elas foram se aproximando, nas teorias do Direito mais recentes, até se integrarem uma à outra. Essa integração ocorreu na teoria, tendo sido partilhada por Kelsen, um normativista impenitente, e pelos realistas escandinavos, como Olivercrona e Ross, segundo os quais o que diferencia um ordenamento jurídico de um outro ordenamento normativo qualquer é a regulamentação do exercício da força, ou seja, a coação institucionalizada.”

Quanto à sanções positivas, Norberto Bobbio procurou separar as sanções positivas, divorciando-se do pensamento de Hans Kelsen, sendo que este admite que as sanções positivas estariam de fora do campo das sanções jurídicas.<sup>145</sup>

“Em relação às sanções positivas, a primeira teoria (a da sanção jurídica como sanção institucionalizada) revela-se insuficiente. Um prêmio literário geralmente é regulado nos mínimos detalhes: regras relativas aos candidatos, regras de procedimento, regras sobre a composição do júri e sua competência, etc. Nada tem a ver com as reações difusas e informais do grupo social em que consistem, precisamente, as sanções não institucionalizadas. Mas ninguém a chamaria de sanção jurídica um prêmio literário. Em relação à segunda teoria (a da coação) a referência às sanções positivas têm, ao contrário, um salutar efeito corretivo. Quem de fato entende como Kelsen, que a característica da sanção jurídica consiste no uso da força física, sendo sanções jurídicas apenas a pena e a execução forçada, é obrigado, ainda que não se dê conta disso perfeitamente, a excluir as sanções positivas do rol das sanções jurídicas. Não há dúvida de que a força física é usada ou para infligir uma pena ou para reparar consequências de uma ação danosa à sociedade, sendo usada para efetivar uma sanção negativa em ambos os casos. No entanto, há outro modo, mais correto a meu ver, de interpretar a sanção jurídica nos termos de coação: a sanção jurídica não consiste, diferentemente das sanções sociais, no uso da força, ou seja, no conjunto de meios que são empregados para constranger pela força, isto é, para “forçar” o recalcitrante, mas consiste, sim, em uma reação à violação, qualquer que seja, mesmo econômica, social ou moral, que é garantida em última instância, pelo uso da força. O

<sup>144</sup>A primeira teoria provém, em geral, de sociólogos e de juristas-sociólogos: sobre esta ver H.Kantotorwicz, *La definizione Del diritto*, Giappichelli, Turim, 1962, p.124 em diante. A segunda representa um dos cavalos de batalhada teoria geral do direito de orientação positivista, de Jhering a Kelsen. Não esqueçamos, no entanto, que é bem representada inclusive por uma das principais vertentes do jusnaturalismo, que vai de Thomasius a Kant.

<sup>145</sup> BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*. tradução de Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Editora Manole, 2007. p.26

ressarcimento de um dano, o pagamento de uma multa ou a redução de limites definidos abusivamente nada tem a ver com o uso da força: são pura e simplesmente cumprimentos secundários. A ligação dessas obrigações secundárias - que constituem a sanção jurídica – com a força está no fato de o seu cumprimento ser garantido, primeiramente, pela ameaça de colocar em movimento e, depois, por efetivamente colocar em movimento um aparato executivo dotado de meios coativos que são ou tendem a ser irresistíveis, com o escopo de obter pela força o cumprimento da obrigação secundária ou, então, um cumprimento alternativo ou substitutivo.”

Norberto Bobbio também se preocupou quanto à separação das sanções jurídicas das positivas, admitindo serem estas ultimas também sanções jurídicas.<sup>146</sup>

“Enquanto pura e simplesmente reduzir a sanção jurídica à coação impede de inserir as sanções positivas entre as sanções jurídicas, considerar a coação como garantia do cumprimento da sanção nos permite considerar como sanções jurídicas também sanções positivas: segundo essa interpretação da relação entre sanção e coação, são jurídicas as sanções positivas que suscitam para o destinatário do prêmio uma pretensão ao cumprimento, também protegida mediante o recurso à força organizada dos poderes públicos. Tal como uma sanção negativa, uma sanção positiva se resolve na superveniência de uma obrigação secundária, que é a sua prestação, é uma obrigação jurídica, isto é, uma obrigação para cujo cumprimento existe, por parte do interessado, uma pretensão à execução mediante coação.”

Independentemente de existir sanções, estas positivas ou negativas o professor Miguel Reale, esclarecendo a relação de se escolher certa conduta e consequentemente adotar certo comportamento, coloca que:

“A palavra conduta, mais do que comportamento, é de riqueza extraordinária, merecendo um pouco de nossa atenção. Devemos partir da verificação de que a conduta é própria apenas do homem. Os demais animais movem-se. Só o homem se conduz, ou seja, só o homem tem consciência do seu agir. A tal ponto que ele pode mudar a decisão tomada, escolher outro caminho, ou deixar de escolher. Quer dizer que a conduta é a ação na qual está inerente o princípio da responsabilidade porque quem escolhe assume a responsabilidade pela escolha feita, o que transcende no sinônimo

---

<sup>146</sup> BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*. tradução de Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Editora Manole, 2007. p. 26

comportamento que se refere mais à ação em confronto com o conjunto de regras ou um modelo”.<sup>147</sup>

Resumindo, as sanções positivas ou negativas são a forma pela qual um grupo social - ou mesmo a coletividade – pode direcionar as condutas de seus membros, a fim de conduzi-lo a certos objetivos. Encorajar ou desencorajar condutas é uma forma eficaz de condução social, levando os componentes do grupo a entenderem e tomarem os caminhos esperados.

Com a mesma intenção, para se conseguir objetivos e condutas, há duas técnicas distintas: a técnica da facilitação para o caso do encorajamento e, de outro lado, a técnica da obstaculização para o caso de desencorajamento<sup>148</sup>.

Todas estas medidas visam à obtenção e ao controle de práticas desejadas, uma vez que atuam sobre o comportamento desejado ou indesejado, deveras atingindo seus objetivos fazendo certa pressão, mesmo psicológica e não física, pretendendo com isso influenciar e não obrigar.

A real intenção do desenvolvimento voltado à adoção de sanções premiais, é estimular escolhas e condutas socialmente responsáveis, sustentáveis e até mesmo aceitáveis. Desta feita, o que se pretende é criar uma identidade para que o Estado se obrigue a sancionar no efeito positivo as empresas que cumpram a função social, indicando a conduta desejável neste sentido a todas as demais.

Com a aplicação de sanções premiais, temos a máxima trazida por Eros Roberto Grau,<sup>149</sup> onde o direito deve ser tido como aberto, portanto incompleto, havendo campo para evolução e consequente modificação, adotando com certa razão que o direito deve produzir condições novas que atendam o mundo fenomênico, e não ficar estico imutável.

Os tribunais e cortes têm atendido à medida que se percebe a necessidade a aplicação das sanções premiais, tem ocorrido a aplicação destas, no sentido a demonstrar para a coletividade o entendimento e o caminho a ser seguido:

---

<sup>147</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. p. 131.

<sup>148</sup> BOBBIO, Norberto, *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*. tradução de Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Editora Manole, 2007. p. 32

<sup>149</sup> GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e Pressuposto*. 8 ed.. São Paulo: Editora Malheiros.

“VOTO Nº 10878

MONITÓRIA. Contrato de Prestação de Serviços Educacionais. Concessão de desconto por pagamento antecipado. Mora. Perda do desconto, cumulada com multa e encargos. Aumento de 149% no valor da mensalidade. Abusividade. Sentença reformada, em parte, para o fim de acolher os embargos monitórios e determinar o prosseguimento da execução pelo valor com o desconto, acrescido da multa moratória e encargos. Atribuição de sucumbência recíproca.

<sup>150</sup>

Recurso Provido”

Na ação anotada, temos na ementa uma sanção premial, decorrente do pagamento antecipado. Embora não sendo o objeto principal da demanda a concessão ou não de uma sanção positiva, o magistrado Dês. Tasso Duarte de Melo reconhece o benefício premial, pelo pagamento antecipado. Como conclusão serve tal entendimento para exemplificar que a conduta desejável do particular seja o efetivo pagamento até a data do vencimento do contrato, concorrendo para tal finalidade a existência de um desconto, este na forma de uma sanção premial:

VOTO Nº 11.497

APELAÇÃO SEM REVISÃO Nº 9194893-57.2008.8.26.0000

COMARCA : VALINHOS

APELANTE : ASSOCIAÇÃO PARQUE RESIDENCIAL MAISON BLANCHE

APELADO : LUIZ CARLOS RODRIGUES

APELAÇÃO. ASSOCIAÇÃO. ABONO DE PONTUALIDADE.

1. O desconto de pontualidade no pagamento da taxa de manutenção do loteamento não resulta em aplicação de um redutor no valor da prestação, mas na aplicação de uma multa moratória dissimulada. 2. O Estatuto Social da autora, já prevê a incidência de multa moratória de 2% sobre o débito em caso de atraso no pagamento da contribuição mensal, de modo que a manutenção do desconto de pontualidade implicaria em dupla penalização do réu, o que não pode ser admitido.

3. A cobrança da parcela do abono/desconto de pontualidade, portanto, deve ser afastada, pois cumulação com a multa moratória representa bis in idem. Sentença mantida. Recurso não provido.<sup>151</sup>

---

<sup>150</sup> Apelação nº 0041453-89.2010.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante MÁRCIA CASTILHO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado INSTITUTO METROPOLITANO DE EDUCAÇÃO E CULTURA DE SANTOS LTDA.

<sup>151</sup> Apelação nº 9194893-57.2008.8.26.0000, da Comarca de Valinhos, em que são apelantes ASSOCIAÇÃO PARQUE RESIDENCIAL MAISON BLANCHE e NEIVALDO BERTO, é apelado LUIZ CARLOS RODRIGUES.

Nesta outra ação, embora a apelação não teve seu provimento concedido, conforme lavra do Des. Carlos Alberto Garbi, percebe-se que há uma conduta esperada pelo apelante que é chamada de abono/desconto de pontualidade. Ora nada mais é do que a adoção de sanção premial, determinando e escolhendo a conduta para que se ocorra o pagamento antecipado através de um desconto, sendo o desconto um atrativo para quem deve realizar o pagamento, e a pontualidade uma segurança maior para quem tem valores a receber.

No mesmo sentido:

Voto nº 1809

Despesas condominiais. Abono de pontualidade. Disfarce de multa moratória acima do limite estabelecido pelo artigo 1.336, § 1o, do Código Civil.

Norma de ordem pública. Ofensa ao ato jurídico perfeito. Inocorrência. Depósito

que não contemplou os juros de mora, nem atualização monetária do valor devido. Consignatária parcialmente procedente. Apelação parcialmente provida.<sup>152</sup>

Concluindo, dessa forma o que se pretende é demonstrar que embora através de ações distintas e sem relação direta umas às outras, é de fácil percepção a existência das sanções premiais, ou positivas, no sentido de encorajamento e escolha das melhores condutas a serem tomadas.

Dessa maneira, através da citação destes julgados, a intenção foi demonstrar que a presença de tal exigência não seria fato alienígena, ao contrário, fato mais do que presente à realidade que se expõe, devidamente conjugada ao momento, assistencial, prestacional e solidário pelo qual se aguarda a tomada de mais medidas idênticas que façam, a diferença.

---

<sup>152</sup> APELAÇÃO C/ REVISÃO N°1151944- 0/2 Comarca de SAO PAULO Processo 180024/06 da 27.V.CÍVEL APTE BRÁS E FIGUEIREDO INFORMÁTICA S/C LTDA APDO CONDOMÍNIO CONJUNTO NACIONAL

## CONCLUSÃO

A presente dissertação aborda aspectos da inter-relação entre direito e economia focando a empresa. Denota-se que o direito positivo brasileiro, embora seja insuficiente para sancionar a disfunção social da empresa, conta com aparato satisfatório para premiar a empresa estimulando a concretização do cumprimento de sua função social.

A partir da noção de Função Social da Propriedade, a doutrina reconhece que também a empresa deve cumprir sua função social, o que fica evidenciado nas leituras do art. 170, II e III da Constituição Federal. Afinal a empresa muitas vezes define-se pela sua função social, e não, mormente pela sua atividade.

A empresa retira do mercado os valores que torna sua atividade rentável e desejável, mas também esta ciente que deve contribuir solidariamente e socialmente com a coletividade que aguarda a adoção de práticas responsáveis e sustentáveis por parte da empresa, ao desempenhar a sua função social e até algo mais como prestação social.

Em que pese, porém a Constituição Federal ter sido pródiga na menção da função social, apenas sancionou a disfunção das propriedades urbanas e rurais, nada dispondo sobre a empresa disfuncional. O ambiente onde a empresa está inserida e esta retira seus recursos anseia por práticas sustentáveis, responsáveis, solidárias e socialmente corretas. Desta maneira não pode-se permitir a continuidade de atividades ou práticas que atentem o não atendimento da função social da empresa, pois os resultados à coletividade podem ser catastróficos.

Por força da regra segundo a qual não há pena de disfunção legal, não há como, ao menos por ora, sancionar a empresa disfuncional. Resta ao direito encontrar uma solução equilibrada que atenda os anseios desta coletividade que anseia pelas práticas prestacionais.

Esta constatação permite um paradoxo no sistema jurídico: ao mesmo tempo que é dever da empresa cumprir a função social, não há no sistema nenhuma regra que a sancione se não o fizer.

Esse paradoxo todo, ainda, ser fonte de situação jurídica unconstitutional via empresa que cumpre a Função Social, por meio de programas de assistência social pode ficar em desvantagem competitiva em relação à outra que não a cumpre. Pois

como se sabe direitos e obrigações custam e muito, principalmente quando se atua no ambiente extremamente competitivo onde cada recurso é necessário.

Como esta situação de desigualdade é sistematicamente intolerável, , cabe ao Direito fornecer alguma solução. A solução aventada foi a de obrigar o Estado a sancionar, agora no sentido positivo a empresa que cumpre a Função Social.

Como ainda é uma novidade a adoção de sanções premiais, e ainda mais que o Estado não positivou tal modalidade, utilizando-se da relação entre particulares demonstrou-se que as sanções positivas, já fazem parte de nossa realidade, e contudo e através de um dialogo salutar entre Direito e Economia é possível a adoção e utilização de sanções premiais para escolher e demonstrar a melhor conduta a ser indicada.

Desta forma, utilizou-se de uma motivação a escolher a regra e a conduta, separando-se daquele pensamento de castigos e punições geralmente ligados às sanções.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2008.
- ANDRIGHI, Fátima N. Prefácio. In: TIMM, Luciano. *Direito e Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008
- ARISTÓTELES, “A ética”. São Paulo, Editora Atenas, s/d. ARISTÓTELES, “Retórica”. Lisboa, Imprensa Nacional, s/d. Ver sobre Aristóteles, BERTI, Enrico. “As razões de Aristóteles”. São Paulo, LOYOLA e também PEREIRA, Oswaldo Porchat. “Ciência e dialética em Aristóteles”. São Paulo, Editora UNESP, 2000
- ARROW, Kenneth. “Social Choice and Individual Value”. New Haven, Yale U. Press, 1970.
- ASQUINI, Alberto. *Perfis da Empresa*. Tradução Professor Fabio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Nova Série, Ano XXXV, nº. 106, out-dez. 1996 – Editora Revista dos Tribunais
- BAUMANN, Zygmunt. *O mal estar na pós modernidade*, tradução Mauro Gama, Claudia Martinelli Gama – revisão técnica Luís Carlos Friedman – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998
- BENACCHIO, Marcelo. *A regulação jurídica do Mercado pelos valores do capitalismo humanista*. In SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; e MEZZAROBA, Orides. *Empresa Sustentabilidade e funcionalização do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BENACCHIO, Marcelo; PARREIRA, Liziane. Da *Análise econômica do Direito para a Análise Jurídica da Economia: a concretização da Sustentabilidade*, In Revista *Prisma Jurídico*, Vol.11, Num 01, Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2012.
- BOBBIO, Norberto, *Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito*; tradução de Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Editora Manole, 2007.
- BULGARELLI, Waldírio. *Tratado de Direito Empresarial*, 2ª Ed.. São Paulo,.. Editora Atlas, 1995.

\_\_\_\_\_ *Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

BUNAZAR, Maurício. *Taxonomia da sanção civil: para uma caracterização do objeto da responsabilidade civil*, in Revista Juris da Faculdade de Direito, Fundação Armando Alvares Penteado, v. 5, janeiro a junho/2011, São Paulo, FAAP, 2010,

\_\_\_\_\_ *O duplo tratamento legal do bem de família e suas repercussões práticas, Direito de Família e Sucessões. Temas atuais*, Coordenação de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce e José Fernando Simão, Ed. Método, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*; Tradução de Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian. 2012.

COASE, Ronald Harry. *The Firm, the Market and the Law*. Chicago: University Chicago Press, 1990.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COMPARATO, Fabio Konder. *A Reforma da empresa*. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_ “*Função Social da Propriedade dos Bens de Produção*”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais. V.63 jul-set/1986.

DE LUCCA, Newton. *Da Ética Geral à Ética Empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

DEL NERO, João Alberto Schultzer. *O significado jurídico da expressão função social da propriedade*. , In *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo* – São Bernardo do Campo – São Paulo – Volume 03 – Ano 1997

DUGUIT, Léon. *Lês Transformations Générales Du Droit Prive Depuis Le Code Napoleon*. Paris: Felix Alcan, 1920.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. 11 ed. São Paulo. 1984: Editora Nacional

FERRAZ JR. T.S. *Introdução ao estudo do Direito*. 7 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito econômico*. 5<sup>a</sup>ed.. São Paulo: Forense, 2004.

FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: Da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GALGANO, Francesco. "L'impreditore". 3 ed. Bolonha: Zanichelli Editore. 1980

GRAU, Eros Roberto. *O direito Posto e Pressuposto*. 8 ed.. São Paulo : Editora Malheiros

\_\_\_\_\_ *A ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*, São Paulo: Martins Fontes.

IRTI, Natalino. In *Revista de Direito Mercantil, industrial Econômico e Financeiro*, 2007 (janeiro) Nº.: 145.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução José Lamego. 4<sup>a</sup>Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2005.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22<sup>a</sup>. ed. São Paulo : Malheiros . 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 8<sup>a</sup> Ed., São Paulo. Editora Saraiva, 2013.

MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G., *Economics and the Law – From Posner to post modernism and beyond*, 2 ed. Pr: Princeton University.

NALINI, José Renato. *Ética Geral e profissional*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009

- PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- \_\_\_\_\_ *Economic analysis of Law*. New York: Aspen, 2003.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 13ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1986.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- RODRIGUES, Vasco. *Análise Econômica do Direito: Uma introdução*. Coimbra: Gráfica Coimbra, 2007.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é “direito e economia”?* In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito & economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SALES, Carlos. “As Máscaras da democracia”. In *Revista de Sociologia e Política*, junho/2005, p233-245.
- SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches, *Direitos humanos e a empresa privada no Brasil*. In: *Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SAYEG, Ricardo Hasson; BALERA, Wagner. *O Capitalismo Humanista, Filosofia Humanista de Direito Econômico*, 1 ed., KBR Editora Digital: Petrópolis. 2011.
- SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- \_\_\_\_\_ *Desenvolvimento Como Liberdade*; tradução Laura Teixeira Mota; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes – São Paulo: Companhia das Letras, 2010
- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros. 2006.
- SILVEIRA, Vladmir Oliveira da, e ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos Humanos – Conceitos, significados e funções* – São Paulo: Saraiva, 2010.
- SIMÃO FILHO, Adalberto; DE LUCCA, Newton. *DIREITO EMPRESARIAL CONTEMPORÂNEO* – Adalberto Simão Filho, Newton De Lucca (coordenadores) – São Paulo, Juarez de Oliveira, 2000.

- TAYLOR, Frederick Wislow. *Principios da Administração Científica*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 1970.
- TELLES JÚNIOR, Gofredo. *Direito Quântico*. Ed. Juarez Oliveira: 2006
- TOMASETTI JR., Alcides. “A propriedade privada” entre o Direito Civil e a Constituição., In Revista de Direito Mercantil , V.126.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo. Editora Malheiros, 2004, Volume 01.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 2008.
- WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Brasília: Editora da UnB. 1991.
- ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia: análise econômica* do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.