

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal instaurou um novo cenário cuja ordem econômica é fundada não só na dignidade da pessoa humana, mas também na livre-iniciativa e na valorização do trabalho humano (art. 1º c.c. art. 170, ambos da CF/88), o que destaca a importância da preservação da empresa (elevada a princípio constitucional não escrito, como será comprovado no curso do trabalho), gerando, pois, repercussões diretas no modo de interpretar e concretizar a legislação infraconstitucional, principalmente o Código Civil.

Aliás, após permanecer latente no Congresso Nacional, desde 1975, o novo Código Civil brasileiro foi promulgado em janeiro de 2002, com o intuito de superar o individualismo que norteava o antigo Código Civil de 1916 e, por conseguinte, enfatizar a necessidade de priorizar a dignidade do sujeito, a exemplo do que fizera o legislador constituinte, tanto que fundado em três (03) pilares, isto é, operabilidade, eticidade e socialidade, conforme enfatizado por Miguel Reale, que presidiu a Comissão elaboradora desse novo Código.

Nesse desiderato, dedicou o seu Livro II ao estudo do Direito de Empresa, mesmo porque a empresa constitui a base da sociedade contemporânea, vez que é fonte geradora de tributos e empregos. Logo, o principal desafio dessa investigação é demonstrar que o princípio constitucional da preservação da empresa é um dos princípios norteadores do Código Civil, razão pela qual, desconsiderá-lo implica ofensa direta ao próprio Código Civil.

Não obstante, não se pode olvidar que a aceleração do fenômeno da globalização experimentada e agravada nesse início de século, propicia o esfacelamento de algumas conquistas históricas no campo dos direitos humanos¹. Na realidade, a mundialização da economia, coordenada simplesmente pelas leis do mercado, reduz o ser humano a mero instrumento – quiçá até descartável – para a concretização do lucro. Infelizmente, é nesse cenário fático que vige o Código Civil brasileiro, o que aumenta as dificuldades dos operadores do direito em concretizar os seus pilares. Não se trata de tarefa fácil. Ao contrário.

¹ Sobre o fenômeno da globalização, pertinente transcrever a advertência de Eros Roberto Grau. “A *globalização* ameaça a sociedade civil, na medida em que: (i) está associada a novos tipos de exclusão social, gerando um subproletariado (*underclass*), em parte constituído por marginalizados em função da raça, nacionalidade, religião ou outro sinal distintivo; (ii) instala uma contínua e crescente competição entre os indivíduos; (iii) conduz à destruição do serviço público (= destruição do espaço público e declínio dos valores do serviço por ele veiculados). Enfim, a *globalização*, na fusão de competição global e de desintegração social, compromete a liberdade”. (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 39)

Logo, a manutenção das conquistas históricas mínimas no campo dos direitos fundamentais e, principalmente, a tentativa de alcançar uma concretização material e efetiva da pessoa humana em todas as suas vertentes, isto é, avançar nas conquistas sociais, exige do operador do direito uma atenta análise dos fenômenos econômicos, mesmo porque no direito não se cuida de uma ciência estática e isolada e, sim, ela é dinâmica e mutável, vinculada às influências políticas, ideológicas, econômicas, religiosas, sociais, pelas quais atravessa a sociedade.

Destarte, a presente investigação científica busca o desenvolvimento de pensamento interpretativo jurídico que possibilite que a atividade econômica auxilie na proteção e concretização dos direitos fundamentais, ao invés de reduzir o indivíduo a simples sujeito proprietário, sem identidade e direcionado exclusivamente ao consumo. O instituto da preservação da empresa na perspectiva do novo Código Civil servirá como “fio condutor” (linha mestra) do presente estudo.

Assim, um dos motivos que impulsiona essa investigação é justamente resgatar o papel do homem (como sujeito concreto de direitos) nessa nova sociedade globalizada, e avaliar qual a possibilidade de o mercado e o direito trabalharem em seu favor. Indispensável, pois, a reumanização da atividade empresarial, que perpassa pela análise do instituto da preservação da empresa. Dentro desse escopo enfatiza-se o diálogo entre o direito e o mercado globalizado, apontando sugestões pelas quais se possa construir uma sociedade mais justa e solidária, fundada na dignidade da pessoa humana, tal como almejada pelo legislador constituinte (CF/88, arts. 1º e 3º), ratificada pelo novo Código Civil brasileiro.

Há que se destacar que o trabalho enfatizará uma visão prospectiva de nosso ordenamento jurídico, em especial do Código Civil, evitando, pois, realçar a análise dos fatos que antecederam sua vigência e, sim, enfatizar a preocupação com o presente e o futuro.

Não se pretende aqui discutir a polêmica envolvendo a codificação ou descodificação. Afinal, o novo Código Civil é uma realidade e, por conseguinte, o objeto concreto dessa investigação, cuja preocupação é a interpretação adequada do Direito de Empresa no Código Civil. Dentro desse escopo, em termos metodológicos, há que se destacar como pressuposto metodológico a opinião de que o novo Código Civil não é incompatível com a legislação extravagante não abrangida (também conhecida como “microsistemas”) e, muito menos, com o fenômeno da “constitucionalização do direito civil”. Na verdade, ambos coexistem sob a égide dos princípios e valores previstos na Constituição Federal. Afinal, como bem sustenta Eduardo de Oliveira Leite,

A redação de um novo Código Civil não acarreta a destruição de tudo que existia e, muito menos, a implosão de princípios que, natural, legítima e justificadamente sempre caracterizaram e regeram a sociedade brasileira. Por isso, o novo Código Civil que agora surge, só por isso, já é legítimo e revela-se obra válida, porque sem anular o saber acumulado, sem desconsiderar o que há de mais autêntico na alma brasileira projeta as expectativas e propostas da sociedade brasileira nos novos tempos².

Consigne-se, outrossim, que o ensaio não enfatizará o Direito Comparado. Explico. A juízo do autor, a análise do ordenamento jurídico brasileiro exige que seja destacada a cultura nacional, isto é, priorizado os problemas socioeconômicos³. Não se pretende com essa tomada de posição menosprezar o Direito comparado. Não é isso.

Indubitavelmente, o Direito comparado é fonte de fundamental importância, devendo sempre ser objeto de estudos e reflexões. Contudo, a concretização dos princípios constitucionais exige mais. Muito mais.

Não basta importar soluções político-jurídicas de outros países⁴, pensando que se resolverão os problemas nacionais, a exemplo do que se fez em seus países de origem (se é que tal foi feito). Essa tentativa presta-se apenas para solidificar uma espécie de “colonialismo jurídico”, obstaculizador dos problemas nacionais, gerando, inclusive, seqüelas na produção acadêmica nacional, como observa Luís Roberto Barroso,

No Brasil dos últimos anos, tem-se verificado um vertiginoso progresso na produção científica do Direito, em quantidade e qualidade (...) Em razão disso, o debate acadêmico segue pautado por referências teóricas estrangeiras, notadamente americanas e alemãs. É saudável ter janelas para o mundo. Mas aqui surge o segundo risco: por descuido ou fantasia, passa-se a viver a vida dos outros, incorporando seus projetos e seus temores, com perda da capacidade de refletir sobre si e sobre a própria realidade. E esta é a verdadeira função social do conhecimento⁵.

² LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil: do direito das sucessões** (art. 1.784 a 2.027). Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 21, p. XVI.

³ “O Direito dos países ibero-americanos, e particularmente o Direito brasileiro, está impregnado de um espírito democrático que é estranho ao Direito dos povos europeus, sobreposto como este se acha a sociedades de estratificação social mais hierarquizada e mais rígida”. (GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 21)

⁴ Sobre o tema, pertinente a advertência de Otacvio Campos Fischer. “A importação de teorizações desenvolvidas em outros países pode, sem dúvida alguma, ajudar a abrir novos caminhos para a compreensão do nosso direito, mas é uma tarefa muito árdua, complexa e que deve ser realizada com muita cautela, sem precipitações. Não basta, simplesmente, verificar a existência de normas semelhantes no direito estrangeiro, porque, ainda que o sistema jurídico de dois países fosse totalmente idêntico, a experiência social envolvida em cada um deles levaria à sua distinção”. (FISCHER, Octavio. **Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 05)

⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. 3, p. 62.

É preciso, portanto, fundar o estudo nos problemas nacionais, cuja realidade socioeconômica diverge daquela existente em França, Itália, EUA e Portugal, ainda que possam existir semelhanças, como as dificuldades enfrentadas para o sucesso do instituto judicial de preservação da empresa. À produção acadêmica nacional, portanto, incumbe um papel peculiar, isto é, a reconstrução de uma produção científica fundada, sobretudo, na realidade social, econômica e cultural da realidade brasileira, propiciando meios e soluções que auxiliem na concretização de uma sociedade mais justa e solidária, tal como pretendia o legislador constituinte.

Dentro dessa perspectiva, o capítulo I trata da nova ordem constitucional, enfatizando os pilares da Constituição Federal, composta não só de princípios expressos, como também dos não escritos, dentre os quais, o princípio da preservação da empresa. Realça, outrossim, o papel do jurista na contemporaneidade, o qual deve buscar extrair o máximo da Constituição, com o intuito de participar do desafio de construir uma sociedade mais humanitária. Finaliza-se o capítulo demonstrando que o Código Civil não só se subsume a esse sistema, como eventual interpretação diversa é incompatível com a Constituição Federal, ocasionando, pois, inconstitucionalidade do Livro II do Código Civil, denominado “Direito de Empresa”.

A sustentação dessa posição exige a investigação do desenvolvimento do Direito Civil em nosso país. Assim, o capítulo II aborda a evolução do Direito Civil no Brasil, desde o advento do Código Civil de 1916, denominado Código Bevilacqua, até os dias atuais, sob a égide de um novo Código Civil. Não se deixa de enfatizar, outrossim, o fenômeno denominado “constitucionalização do Direito Civil” e, por conseguinte, as novas tendências do Direito Civil, destacando a denominada “despatrimonialização” e a necessidade de concretização do princípio constitucional da solidariedade. Busca-se, com essa sistemática, esclarecer que o direito civil contemporâneo implica a tutela da atividade organizada, denominada *empresa*, o que era dispensável quando do advento do Código Civil de 1916, considerando-se que, naquela época a sociedade era predominantemente rural. Objetiva-se, ademais, reduzir a distância entre o texto de lei e a realidade socioeconômica do nosso país.

Na seqüência, então, por intermédio do capítulo III, atento às características da atual sociedade brasileira, enfrenta-se a análise jurídica da atividade organizada denominada *empresa* (e, em conseqüência, a figura do empresário), a qual não foi regulada pelo Código de Bevilacqua. Nesse particular, acentua-se, reside a grande inovação do Código Civil. Afinal, enquanto o Código Civil de 1916 regulava o sujeito contratante, pai de família, proprietário e testador, o atual Código, além desses, reconheceu e regulou um novo sujeito, ou seja, o sujeito empresário.

Entretanto, é indispensável destacar que o operador do direito não pode analisar o Direito de Empresa no Código Civil com preconceitos, isto é, interpretá-lo e aplicá-lo a partir das doutrinas individualistas incorporadas pelas codificações do século XIX. Ao contrário, há que se romper os conceitos clássicos do direito civil (contrato, propriedade e família), buscando novos paradigmas, sob pena de não se resolver os problemas e anseios da sociedade contemporânea. Destarte, o capítulo I da parte II explicita as linhas mestras do Direito de Empresa no Código Civil, indicando como entende adequada a sua leitura, isto é, privilegiando a dignidade do sujeito em detrimento da patrimonialidade, ainda que para muitos possa parecer utópico.

Dentro do desafio aceito, o capítulo II da parte II destaca o adequado papel da empresa nesse novo milênio, sempre realçando sua função social. Enfatiza que o Código Civil, pautado no imperativo de solidariedade, exige o respeito do princípio constitucional da preservação da empresa, para que se desenvolva a concretização da dignidade da pessoa humana, a qual se constitui no alicerce de nosso ordenamento jurídico. Essa pretensão, contudo, obriga que se investigue o relacionamento entre a ciência do direito e a economia, bem como os conflitos entre o patrimônio e a dignidade do sujeito, com o intuito de demonstrar a possibilidade da convivência harmônica entre a propriedade (busca do lucro) e a dignidade do sujeito. Essa temática é absorvida pelo capítulo I da parte III.

Considerando-se que dentre as missões dos operadores do direito reside a função de minorar o descompasso entre o texto de lei e a realidade fática, concluiu-se indispensável o exame do fenômeno da globalização e suas implicações jurídicas e, portanto, a necessidade da mudança de paradigmas na construção de uma sociedade mais justa e solidária, como exigido pelo legislador constituinte, repita-se. Indica-se, nessa toada, como instrumental o desenvolvimento da idéia de *reumanização* da empresa. Afinal, o Código Civil brasileiro – repita-se de modo proposital - vige dentro de sua sociedade globalizada, razão pela qual não se pode compreendê-lo adequadamente, sem enfrentar os dilemas e características da sociedade contemporânea. O capítulo II da parte III, portanto, aborda essas questões.

Com esses alicerces, a presente investigação busca convencer a comunidade jurídica (senão, pelo menos, avivar o debate) que o princípio da preservação da empresa não só se constitui na linha mestra do Livro II do Código Civil brasileiro denominado Direito de Empresa, como também se constitui no instrumental obrigatório para sintonizar esse novo diploma legal aos valores e princípios constitucionais, os quais são pautados na prevalência da dignidade do sujeito, elevando o homem ao centro do sistema e não mais o patrimônio.

**PARTE I - A EVOLUÇÃO DO DIREITO CIVIL E A PRESERVAÇÃO
DA EMPRESA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

1 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

1.1 Constituição Federal. A Bússola do Sistema

A Constituição Federal constitui o alicerce de nosso sistema⁶. Afinal, o Estado Democrático de Direito organiza-se juridicamente⁷ por intermédio de um instrumento normativo, qual seja: a Constituição. A aplicação e eficácia concreta da nossa Carta Magna, portanto, “deve ocorrer nas relações entre o Estado e os indivíduos, bem como nas relações interindividuais, abrigadas no campo civilístico. Os valores e princípios constitucionais devem ter a sua eficácia reconhecida, ademais, não somente quando assimilados pelo legislador ordinário, que os tenha transposto para a legislação infraconstitucional, mas também diretamente às relações entre os indivíduos (a denominada eficácia direta)”⁸, tanto que o debate envolvendo direitos fundamentais e o direito privado encontra-se na ordem do dia, em que pese a existência de autores que se preocupam com a temática há mais de dez anos, como Claus-Wilhelm Canaris⁹, muito embora atualmente prevaleça a opinião de que “a eficácia dos direitos fundamentais não é apenas *vertical* (: relação cidadão/Estado), mas também *horizontal* (: relação cidadão/cidadão). Quer dizer, exerce-se ainda no domínio jurídico-privado”¹⁰.

Todavia, há que se privilegiar não só a incidência dos direitos fundamentais entre os particulares, como também a dos *deveres fundamentais*¹¹, observadas, porém, as distinções

⁶ Juarez de Freitas conceitua sistema como “uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição”. (FREITAS, Juarez de. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 46)

⁷ A respeito J. J. Gomes Canotilho ensina que “O Estado concebe-se hoje como Estado constitucional democrático, porque ele é conformado por uma lei fundamental escrita (= constituição juridicamente constitutiva das ‘estruturas básicas de justiça’) e pressupõe um modelo de legitimação tendencialmente reconduzível à legitimação democrática”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 43)

⁸ MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 167.

⁹ Sobre o assunto, dentre outros, ver: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.

¹⁰ QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais. Teoria Geral**. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 277.

¹¹ Destaca-se aqui a questão envolvendo **deveres fundamentais**, uma vez que na doutrina predomina o debate e pesquisa envolvendo os direitos fundamentais, olvidando-se, que os indivíduos também possuem deveres fundamentais constitucionais. Sobre a temática, dentre outros, ver NABAIS, José Casalta. **O Dever**

envolvendo as relações mantidas exclusivamente entre particulares, e de particulares com agentes públicos. Assim procedendo, os operadores do direito contribuem para solidificar a unidade do sistema, privilegiando a dignidade humana (alicerce da Constituição Federal), em detrimento do sentimento individualista e patrimonial, norteador das codificações surgidas no passado, como o nosso anterior e revogado Código Civil, denominado “Código Bevilacqua”.

O ordenamento jurídico, portanto, é construído a partir dos princípios e valores existentes na Constituição Federal. É composto por normas jurídicas (gênero)¹² de duas espécies: princípios e regras.

A distinção lógica entre princípios e regras fica evidenciada nos casos de colisão de princípios e conflitos de regras, porquanto a maneira de solucioná-los é diversa. No caso de conflito entre regras, este é resolvido introduzindo uma cláusula de exceção ou declarando uma das regras inválida. Quando a primeira hipótese não for possível, só restará a alternativa de afastar pelo menos uma das regras conflituosas, declarando-a inválida e expurgando-a do ordenamento jurídico. Esta é essencialmente uma decisão referente à validade de regras, uma vez que vale ou não vale juridicamente. Por seu turno, se o conflito de regras tem lugar na dimensão da validade, a colisão entre princípios (como só podem colidir princípios válidos) ocorre não na dimensão da validade, mas vai mais além, acontece na dimensão do peso. Assim, quando dois princípios entram em colisão e um deles prevalece sobre o outro, isso não significa que o princípio preterido deva ser declarado inválido, senão que sob determinadas condições um princípio tem mais peso ou importância do que outro e, em outras circunstâncias poderá suceder o inverso^{13/14}.

Fundamental de Pagar Impostos – Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 1998. p. 64. Para esse jurista lusitano, os deveres fundamentais “são deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos”.

¹² Ressalte-se, não se pretende aqui, adentrar a polêmica envolvendo definição de norma jurídica, muito embora Luís Roberto Barroso, com a sua habitual precisão, assinala que “já se encontra superada a distinção que outrora se fazia entre norma e princípio. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípio e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, mais teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema”. (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 141) Sobre o tema, dentre outros, ver: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1983. t. 2, p. 198; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989. p. 172; GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição...**, p. 73 e ss.

¹³ FARIAS, Edílson Pereira de. **Colisão de Direitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996. p. 26-27.

¹⁴ Sobre princípios e regras ver, dentre outros: ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Ariel, 1995; ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1998.

Paulo Bonavides, por sua vez, ressalta que “as regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o régimen, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência”¹⁵.

À guisa de ilustração, informa-se que termo princípio, neste trabalho, é utilizado como norma jurídica vinculante, dotada de efetiva juridicidade e caráter universal, transcendendo, inclusive, determinadas decisões positivadoras do legislador, uma vez que consubstancia a própria idéia de direito, razão pela qual, dentro de um Estado de Direito, vinculam o próprio legislador constituinte. Em conseqüência, os princípios “não podem ser derogados sem perversão da própria ordem jurídica e do ‘sentimento jurídico’ da comunidade, sem perda do fundamento de legitimidade e, portanto, da validade por parte das leis que os desrespeitem”¹⁶.

Os princípios, destarte, servem para orientar a interpretação e a aplicação de toda e qualquer norma, tanto que transgredir um princípio importa em ofensa superior à negativa de vigência de texto de lei. A desatenção ao princípio, por conseguinte, “implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos”¹⁷. O desenvolvimento do conteúdo e importância atribuída aos princípios por parte dos aplicadores do Direito, também auxilia que se evite a repetição de fatos históricos, semelhantes aos relatados por Fernando Facury Scaff¹⁸, envolvendo o art. 192, § 3º, da Constituição Federal – na ocasião vigente – que estabelecia o teto de juros de 12% ao ano, a saber:

No mesmo dia em que o Diário Oficial da União circulou em edição especial com o texto da nova Constituição, em sua edição ordinária circulou um Parecer da Consultoria Geral da República argumentando que esta norma não era auto-aplicável, sendo necessária a edição de uma lei complementar e de uma lei ordinária para que sua eficácia surtisse efeito. Os bancos oficiais, vinculados normativamente às orientações da Consultoria Geral da República, não adotaram o patamar que a Constituição estabelecia, e, por conseguinte, os bancos privados também não. Logo, no mesmo dia de sua edição a interpretação oficial formulada pelo Poder Executivo fez com que esta norma constitucional deixasse de ter eficácia. Ação Direta de

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 260.

¹⁶ MACHADO, J. Baptista **Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador**. 11. reimp. Coimbra: Almedina, 1999. p. 163-164.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 545.

¹⁸ SCAFF, Fernando Facury. A Constituição Econômica Brasileira em seus 15 anos. In: _____ (Org.) **Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 280-281.

Inconstitucionalidade foi proposta contra este Parecer, porém somente foi julgada vários anos após, acatando o entendimento nele esposado¹⁹.

Estabelecidas essas premissas, há que se destacar que os conflitos de interesses entre pessoas se consumam no campo fático, razão pela qual fica prejudicada a concepção clássica que entende que a lei possui uma única solução ao caso concreto e que os conflitos normativos são meramente aparentes²⁰, motivo por que devem ser resolvidos pelos critérios tradicionais, isto é, (1) cronológico, que é aquele que determina que entre duas regras conflitantes deve prevalecer a posterior (*lex posterior derogat priorem*); (2) hierárquico, para o qual, existindo regras inconciliáveis, prepondera aquela de estatura superior e (3) especial, quando, existindo colisão de regras, aplica-se a mais específica em detrimento da geral (*lex specialis derogat generalem*). Ora, “não é difícil compreender que o direito consiste em uma atividade de construção sobre situações de uma dinâmica social e não em um projeto consubstanciado no que se chama de regra jurídica”²¹. O direito, como se vê, não se resume ao dever-ser. É muito mais que isso. Não só é vida e, portanto, real e concreto, mas também envolve conflitos de interesses e valores entre os indivíduos em constante transformação. Impõe-se ao intérprete, destarte, efetuar um juízo de ponderação dos bens e interesses envolvidos, observando o caso concreto em questão. Esse método possibilita a convivência entre valores e princípios, algumas vezes antagônicos, os quais refletem uma constituição aberta e emancipadora dos direitos fundamentais, a qual tutela ideologias e interesses

¹⁹ Relata ainda esse pesquisador que “passados vários anos deste episódio, o então Consultor Geral da República ainda se vangloria do fato, ao mencionar que “o ‘Diário Oficial’ rodou, no dia 6, edição especial com a nova Constituição e uma normal, mais modesta, com o meu parecer dizendo que o art. 192 não entrava em vigor” (...) Mas um aspecto curioso da discussão sobre o entrar ou não em vigor deu-se na semana seguinte, num restaurante de Brasília, onde fui almoçar e encontrei o então senador Fernando Henrique Cardoso. Ele me questionou: ‘Você pensa que vai impedir a vigência da Constituição com um simples parecer jurídico?’ ‘Penso’”. (SCAFF, Fernando Facury. *Op. cit.*, p. 281)

²⁰ Como bem sustenta Luís Roberto Barroso: “a moderna Dogmática Jurídica já superou a idéia de que as leis possam ter, sempre e sempre, sentido unívoco, produzindo uma única solução adequada para cada caso. A objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece. Tais possibilidades interpretativas podem decorrer, por exemplo, (i) da discricionariedade atribuída à norma pelo intérprete, (ii) da pluralidade de significados das palavras ou (iii) da existência de normas contrapostas, exigindo a ponderação de interesse à vista do caso concreto. Daí a constatação inafastável de que a aplicação do Direito não é apenas um ato de conhecimento – revelação do sentido de uma norma preexistente -, mas também um ato de vontade – escolha de uma possibilidade dentre as diversas que se apresentam”. (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro – pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto (Orgs.). **Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 29)

²¹ CURI, Ivan Guérios. Do real imaginário ao real concreto – a angústia da contradição e os falsos dilemas do direito que deve ser ao direito que é. In: _____. **Estudos de Teoria Geral do Direito**. Curitiba: Juruá, 2005.p. 13.

diferentes, mas, ao mesmo tempo, possibilita a concretização do ideal democrático e pluralista²². Afinal, como bem sustenta Eros Roberto Grau,

as normas resultam da interpretação, que se pode descrever como um processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas lingüísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo. O intérprete desvencilha a norma do seu invólucro (o texto); neste sentido, ele “produz a norma”. (...) O trabalho jurídico de construção da norma aplicável a cada caso é trabalho artesanal. Cada solução jurídica, para cada caso, será sempre, renovadamente, uma nova solução. Por isso mesmo – e tal deve ser enfatizado –, a interpretação do direito realiza-se não como mero exercício de leitura de textos normativos, para o quê bastaria ao intérprete ser alfabetizado²³.

Nesse mister, incumbe ao jurista analisar as normas jurídicas envolvidas “à luz das circunstâncias concretas do caso. Deve-se, primeiramente, interpretar os princípios em jogo, para verificar se há realmente colisão entre eles. Verificada a colisão, devem ser impostas restrições recíprocas aos bens jurídicos protegidos por cada princípio, de modo que cada um só sofra as limitações indispensáveis à salvaguarda do outro”²⁴.

O método da ponderação de bens, contudo, não está isento de críticas. Dentre essas, prepondera aquela, que sustenta que tal racionalidade confere ao juiz exagerada margem de discricionariedade, com o que não podemos concordar, vez que, a despeito de o magistrado possuir certa discricionariedade, deve fazê-lo dentro das normas que regulam o sistema jurídico, o que já se constitui em uma limitação. E mais; deve fundamentar suas decisões (CF/88, art. 93, IX)²⁵, as quais se sujeitarão ao duplo grau de jurisdição. Entendimento diverso possibilita a instauração de um sistema fechado, em descompasso com a realidade fática, no qual a maioria dos cidadãos ficaria submissa a uma elite dominante, cujo poder financeiro possibilitaria a eleição de congressistas, com atuação destinada exclusivamente à defesa dos interesses daqueles que os financiam. George Ripert²⁶, há muito, já criticava esse malsinado fenômeno:

²² A temática envolvendo a técnica judicial de ponderação de bens será retomada no curso do trabalho.

²³ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. VI-XI.

²⁴ SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 93.

²⁵ **CF/88, art. 93, IX**: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.

²⁶ RIPERT, Georges. **O Regimen Democrático e o Direito Civil Moderno**. Tradução de J. Cortezão. São Paulo: Saraiva, 1937. p. 38-39.

O nosso Parlamento, eleito pelo sufrágio universal, representa idéias e interesses de pessoas que não querem por agora pôr em causa as bases fundamentais da sociedade. (...) Os legisladores são eleitos e dizem-se os representantes do povo. Mas, pelo próprio jogo da eleição, o eleito não pode exprimir a vontade de todos. Há um método na organização das eleições, que dá o predomínio a certos partidos. O eleitor mais influente, o agrupamento mais numeroso, o diretor do jornal de maior tiragem, o industrial mais rico, o sindicato mais violento ditam a vontade ao eleito dum dia. Os homens não são santos nem heróis, ou, quando o são, não se ocupam da política. O deputado pode bem declarar que representa “a França e seus mortos”; mas são os vivos, e bem vivos, dos comitês eleitorais, que se encarregam de lhe ditar a vontade. O papel do eleito está em transformar essas vontades em leis. (...) A lei é a expressão da vontade dos governantes e impõe-se aos governados. Não passa duma vontade de poderio²⁷.

O jurista, portanto, tem o dever de não se tornar um simples intérprete da lei, mas tornar-se o intérprete do direito, ou seja, a atividade judicial não deve ser reduzida à mera aplicação do direito já posto. O aplicador do Direito tem a obrigação de ser criativo e produtor do direito, nada impedindo que o exercício dessa atividade se revele “mais democrático, na vertente da democracia participativa, do que as instâncias políticas tradicionais”²⁸. Nesse contexto a Constituição (e, por conseqüência, sua interpretação) possui papel de fundamental importância.

1.2 Concretização da Constituição

O desenvolvimento do Constitucionalismo²⁹ no mundo ocidental propiciou que a Constituição deixasse de ser um mero documento ordenatório da atuação do Estado, contendo um programa político, como sustentava a dogmática clássica³⁰.

²⁷ No mesmo sentido a observação de Luís Roberto Barroso: “Essa virada epistemológica costuma suscitar impugnações quanto à legitimidade democrática da interpretação criativa judicial, alicerçadas no fundamento de que operaria a quebra do monopólio da produção do Direito e da definição das políticas públicas pelos órgãos de representação popular. A resposta a essas objeções, além de afirmar o papel atribuído ao Judiciário pela própria Constituição, passa pela crítica da democracia representativa, sobre tudo por seu *déficit* de legitimidade nos países em desenvolvimento, onde a exclusão social – exclusão até dos pressupostos de dignidade que a Constituição consagra como mínimos – impossibilita uma participação verdadeira no processo político tradicional.” (BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional...**, p. 541)

²⁸ *Idem*.

²⁹ Sobre o tema, dentre outros, ver: BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?). In: CAMARGO, Maria Lacombe. **1988-1998: uma década de Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

³⁰ De acordo com Clèmerson Merlin Clève, “a dogmática da razão do Estado estuda o direito constitucional como qualquer outro domínio do direito, prendendo-se, muitas vezes, a conceitos teóricos anteriores à

A Constituição, na realidade, consubstancia uma força normativa aberta, isto é, o “conjunto de valores, princípios e praxes que constituem a visão ético-política essencial em torno do qual se agregam as forças hegemônicas da comunidade”³¹. E mais; sua elaboração diverge em muito da edição dos demais diplomas normativos. Enquanto as leis são provenientes, do grupo político dominante e dirigente, a Constituição é precedida de um poder constituinte com fim específico, composto por diversos segmentos e grupos da população.

No Brasil, a Constituição de 1988 desempenhou papel de fundamental importância, vez que consumou a transição entre um Estado Ditatorial para um Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual suscitou intensa movimentação popular³². Bem destaca Carmen Lúcia Antunes Rocha:

A promulgação da Constituição de 1988 representou o ato de reconstrução do Estado-República, firmando-o, a partir de então, de novas bases de valores e voltando-o ao aperfeiçoamento de objetivos específicos, que priorizavam o homem: não mais um homem, o da elite avarenta com os pobres e pródiga com os ricos, aquele que se serve dos carentes e se faz servil com os poderosos, mas o ser humano que compõe a cidade Brasil, a pessoa humana que se quer cidadão digno, fluente e influente sobre o seu destino³³.

Não se pode, porém, deixar de mencionar que a Constituição é produto do engenho dos homens e, portanto, suscetível de imperfeições. Ademais, tão importante quanto a

Constituição Federal de 1988 e a uma espécie de interpretação retrospectiva da ordem constitucional”. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais. **Revista Crítica Jurídica**. Curitiba: Unibrasil, n. 22, p. 18, jul./dez. 2003)

³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...**, p. 68.

³² Dalmo de Abreu Dallari registra que, “pela circunstância de ter ocorrido quando o Brasil saía de um regime antidemocrático, a Constituição de 1988 foi saudada como instrumento de reconquista da liberdade e lugar propício para a definição de uma nova ordem jurídica, democrática e justa. Por tais motivos, desencadeou intensa mobilização popular, registrada com bastante precisão no livro **Cidadão Constituinte** (São Paulo, Paz e Terra, 1989), coordenado por Francisco Whitaker, que fala coisas, que foram colhidas por mais de doze milhões de assinaturas para a proposição de Emendas Populares ao projeto de Constituição. Além do dado quantitativo, importa assinalar que durante todo o tempo em que durou a Constituinte lá estiveram presentes representantes dos mais diversos segmentos sociais e grupos de interesses. Lá se encontravam pressionando os constituintes, representantes de industriais, de operários, de comerciantes e servidores públicos, de fazendeiros e de trabalhadores rurais, de banqueiros e de integrantes de comunidade de base, capitalistas selvagens e defensores de direitos humanos, assim como grupos religiosos, organizações de mulheres, defensores da família e dos direitos da criança, organizações da comunidade negra, de favelados, de índios, de homossexuais, grupos interessados na área da educação e da saúde, além de muitos outros.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. Constituição: 10 anos de resistência. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). **1988-1998: uma década de Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 33-34)

³³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição e ordem econômica. In: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto (Orgs.). **Debate sobre a Constituição de 1988**. São Paulo: Paz e Terra, 2001. p. 11.

existência de uma Constituição aberta³⁴ e democrática – fundada na dignidade da pessoa humana e compromissada com os anseios sociais – é a sua concretização. A Constituição, portanto, não desenvolve um bom ou mau governo. Ao contrário. Estabelece princípios fundamentais, direitos e deveres à sociedade e aos governantes³⁵.

Por esses motivos é que a preocupação da maioria dos juristas contemporâneos reside no desenvolvimento e aperfeiçoamento de um pensamento progressista fundado na concretização não só dos direitos fundamentais clássicos, mas também na dos direitos sociais, uma vez que a Constituição Federal de 1988 elege como direitos fundamentais os direitos sociais³⁶. Nesse passo, oferece a cidadão enorme universo de programas e diretrizes a serem perseguidos tanto pelo Estado, como pela sociedade, conforme se infere não só do art. 6º, mas também, nas normas positivadas no art. 196, que trata da saúde³⁷; art. 205, que regula a educação³⁸, dentre outros.

A concretização da Constituição Federal, então, constitui-se no fator democrático, uma vez que a materialização da norma no mundo dos fatos, por intermédio da aplicação dos princípios e valores contidos no texto constitucional³⁹, é elemento integrante do Estado de Direito. Acarreta, portanto, a sua própria efetividade, isto é, “o desempenho concreto de sua função social”⁴⁰, sendo que a ela mesma apresenta os seguintes mecanismos de concretização:

i) normatização infraconstitucional = na medida em que, com a edição da legislação subconstitucional (em sentido amplo), seus comandos tornam-se concretizáveis, isto é, não esbarram na eficácia contida ou na não auto-executoriedade;

³⁴ “Essa visão do texto constitucional como uma “obra aberta”, cujo sentido é permanentemente construído e reconstruído por seus destinatários, seria ela própria um reclamo do Estado Democrática de Direito” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna** – Introdução a uma Teoria Social Sistêmica, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 32-33)

³⁵ Sobre tema ver, ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.*, p. 9.

³⁶ **CF/88, art. 6º**: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

³⁷ **CF/88, art. 196**: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

³⁸ **CF/88, art. 205**: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

³⁹ Da literatura jurídica portuguesa, por sua vez, extrai-se pensamento semelhante quanto à noção de concretização, a saber: “A teoria da norma jurídica repousa na idéia fundamental de que a norma, objecto da interpretação, não se identifica com o texto, antes se apresenta como o resultado de um trabalho de *construção*, correntemente designado de *concretização*”. (QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais...**, p. 178)

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional...**, p. 71.

- ii) ação de inconstitucionalidade por omissão (AIO, art. 103, 2º) e MI (art. 5º, inciso LXXI)
- iii) decisões judiciais *in casu*;
- iv) aplicações sociais específicas = quando a sociedade no interior de seus grupos, em mecanismos de interação concretiza as disposições (princípios e regras) constitucionais⁴¹.

Sucedem, porém, que, enquanto os direitos fundamentais clássicos, inerentes à liberdade do cidadão frente ao Estado, se consubstanciam em prestações negativas (abstenções), os direitos fundamentais exigem prestações positivas⁴², o que demanda recursos do Estado. Aqui reside a dificuldade de concretização material desses direitos. Afinal, o Estado brasileiro não detém recursos para a realização de todos os direitos sociais. Se há destinação de recursos em favor da habitação, por certo faltará recursos para a saúde ou mesmo, à educação. E, assim, sucessivamente. Essa problemática, entretanto, não se limita ao Estado brasileiro, alcançando outras fronteiras, como Portugal, onde inúmeros constitucionalistas debruçam-se sobre a matéria na busca de alternativas, uma vez que aquele país também não detém recursos materiais suficientes para satisfazer todas as pretensões a que os cidadãos têm direito⁴³.

A escassez de recursos para a efetivação dos direitos sociais agoniza os constitucionalistas compromissados com uma dogmática emancipatória. Surgem, pois, novos métodos de visualizar a Constituição. Alguns denominam essa tendência de *neoconstitucionalismo*⁴⁴.

⁴¹ MELO, Carlos Antonio de Almeida. Mecanismos de proteção e concretização constitucional: proposta de uma ação de concretização da constituição. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Constitucionalizando Direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 46.

⁴² Os Direitos Fundamentais Sociais, na verdade, “não são direitos contra o Estado, mas sim, direitos através do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais. O Estado, através de leis, atos administrativos e da criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas ‘políticas sociais’ (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionais protegidos”. (KRELL, Andréas. **Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais**. A Constituição Concretizada – Construindo Pontes com o Público e o Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 27)

⁴³ Dentre os constitucionalistas portugueses, registre-se a opinião de José Carlos Vieira de Andrade, no sentido de que “a escassez dos recursos à disposição (material e jurídica) do Estado para satisfazer as necessidades econômicas, sociais e culturais de todos os cidadãos é um dado da experiência, pelo que não está em causa a mera repartição desses recursos segundo um princípio de igualdade, mas sim, uma verdadeira opção quanto à perspectiva afectação material. Por outro lado, essa opção revela-se extremamente articulada e complexa, já que a escassez dos recursos disponíveis está intimamente ligada às variações no desenvolvimento econômico e social”. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 200-201)

⁴⁴ CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2003.

Esse fenômeno denominado *neoconstitucionalismo*, porém, não se constitui no corolário do discurso político denominado neoliberalismo. Aliás, antes de se enfrentar a questão de *neoconstitucionalismo*, registre-se que a noção de neoliberalismo suscita divergências, como bem sintetiza Fábio Ulhoa Coelho:

O conceito de liberalismo já é, por si, plurívoco. (...). Neoliberal, agora, é o defensor da retração do estado, do fim das políticas sociais. Não é mais a referência ao liberalismo renovado, mas sim ao liberalismo ressurgente. Se antes da guerra fria, o neoliberalismo era a defesa do aumento da intromissão do aparato estatal, depois dela, torna-se o inverso, a defesa da redução da intromissão⁴⁵.

Embora essa discussão extrapole o âmbito e propósito dessa investigação, registre-se que *neoliberalismo* será utilizado como a busca de um Estado financeiramente eficiente, com a redução dos seus encargos sociais e assistenciais, incentivando assim, ainda que indiretamente, a valorização das forças do mercado. Percebe-se, então, a ausência de ligação, entre o modelo denominado de neoliberalismo e o fenômeno jurídico identificado como *neoconstitucionalismo*, exceto no que diz respeito ao prefixo *neo*, que, por sua vez, significa novo.

Na verdade, o *neoconstitucionalismo* consubstancia uma nova cultura jurídica, destinada não só a visualizar a Constituição como uma forma de organização política, mas também (e principalmente) com o intuito de concretizar os direitos fundamentais (aqui compreendidos os direitos sociais), ainda que para tanto seja necessário reduzir os abusos da maioria parlamentar, proveniente de um sistema democrático – de fato – irregular.

Portanto, os neoconstitucionalistas defendem a existência de uma Constituição real, emancipadora, a qual permita assegurar um projeto político transformador e evolutivo, representativo das vontades coletivas, sem, contudo, ofender o mínimo existencial da minoria. Inegável, pois, que essa tendência se coaduna com o pluralismo judicial.

Em síntese, o *neoconstitucionalismo* defende uma Constituição transformadora que pretende condicionar de modo importante as decisões da maioria, como também valorizar a coexistência de uma constelação plural de valores (ainda que contraditórios), ao invés de uma opção legislativa homogênea.

⁴⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 179-180.

Inexoravelmente, essa tendência gera incertezas e dúvidas, dentre as quais: (1) esse fenômeno não constitui simples substituição do império das leis pelo império dos juízes (?), (2) efetivamente se constitui em uma nova teoria da interpretação jurídica ou se constitui um discurso já existente, com um novo rótulo (?); e, principalmente, (3) possibilita uma alternativa real para a concretização dos direitos sociais (?).

No que diz respeito à substituição do império das leis pelo império dos juízes, ao nosso modo de ver, parece exagero esse posicionamento, sem embargo da pertinente advertência registrada por Humberto Theodoro Júnior:

advoga-se ostensivamente a supremacia de valores abstratos, por engenhosas e enigmáticas fórmulas puramente verbais, que simplesmente anulam a importância do direito legislado e fazem prevalecer tendenciosas posições ideológicas, sem preceitos claros e precisos que as demonstrem genericamente e, por isso, permitem ditar por mera conveniência do intérprete e simples prepotência do aplicador o sentido que bem lhes aprouver nas circunstâncias do caso concreto⁴⁶.

Todavia, não se pode olvidar que a função do Legislativo e do Judiciário deve coexistir dentro de um Estado Democrático de Direito. Não se trata de substituir um pelo outro. Não é isso. Na verdade, busca-se – tão-somente – evitar o abuso de uma maioria parlamentar, a qual nem sempre representa a maioria do povo (ou mesmo o ideal democrático), sem prejuízo do fato de que, para alcançar objetivos – às vezes corporativistas – desrespeitam – inclusive – as normas constitucionais. Essa malsinada situação que se busca afastar. Lembre-se que as decisões judiciais⁴⁷ – também – se sujeitam a um controle constitucional, seja por intermédio da necessidade de suas decisões serem motivadas, seja pelo fato de que se sujeitam a uma revisão das instâncias superiores. Aliás, ainda que possa parecer paradoxal, embora os magistrados não sejam habitualmente eleitos pelo sufrágio universal⁴⁸, inexoravelmente, o Judiciário é o único dos Poderes, a que a população tem

⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**. São Paulo: IOB, v. 7, n. 40, mar./abr. 2006, p. 26.

⁴⁷ Os magistrados, por sua vez, no desempenho de suas atividades, também, se submetem a um controle disciplinar, enfatizado com o advento da Emenda Constitucional 45, com a criação do Conselho Nacional de Justiça.

⁴⁸ “Discute-se muitas vezes se o Poder Judiciário teria legitimidade para atuar nos campos que, em tese, estariam reservados ao administrador ou ao legislador. Afirma-se que os integrantes do Judiciário não foram eleitos, estando por isso despidos de legitimidade que apenas poderia ser conferida pelo sufrágio popular. Por isso não poderiam dispor sobre *o que* e *o como* da atuação estatal. Ora, o ordenar o cumprimento de direitos prestacionais significaria substituir-se o juiz, ao administrador, implicando quebra do princípio da separação dos poderes e, especialmente, do princípio democrático, segundo o qual a maioria governa. É preciso

acesso direto, inclusive para afastar abuso de poder e outras ilegalidades envolvendo agentes públicos de outros Poderes. Atente-se que no Legislativo, os indivíduos são representados por intermédio de seus parlamentares. Nunca, diretamente. Fenômeno semelhante sucede na administração dos Municípios, Estados e da própria República Federativa do Brasil. Inegável, pois, a necessidade de se democratizar e facilitar o acesso ao Judiciário (CF/88, art. 5º, XXXV), informando a população sobre os seus direitos.

No tocante à questão do rótulo (nomenclatura da corrente desse pensamento jurídico), efetivamente, a ferramenta do método da ponderação de bens, com a qual comunga o neoconstitucionalismo, já preexistia a esse debate. Todavia, não se pode deixar de consignar que a congregação de diversos constitucionalistas dentro de um novo discurso, por certo, propicia e reforça uma maior possibilidade de trazer à agenda de prioridades as preocupações com que trabalha esse movimento, dentre as quais, a concretização dos direitos sociais.

A efetivação dos direitos sociais, destarte, exige uma responsabilidade ativa por parte do Estado na realização de políticas públicas, o que reclama recursos. Contudo, em se tratando do orçamento do Estado brasileiro, inexistem recursos para realizar todas as necessidades das políticas habitacionais, educacionais, dentre outras, sem prejuízo do fato de que a peça orçamentária, habitualmente, se sujeita a um contingenciamento pelo Poder Executivo⁴⁹, que por sua vez, em inúmeras ocasiões prioriza o pagamento de juros da dívida externa – tal como exige o FMI – em detrimento de políticas sociais. Como se vê é mera ilusão imaginar que o direito tudo pode fazer. Em outras palavras,

Falta dinheiro para pagamento de funcionários públicos? Vêm as liminares ordenando o pagamento imediato dos servidores. Faltam vagas para todos os alunos nas escolas públicas? Surgem as sentenças ordenando a abertura de vagas. Os juros dos empréstimos estão demasiadamente altos? Simples – dizem alguns – basta limitá-los a um patamar “adequado”. Só que, ao

considerar, entretanto, que a democracia não significa simplesmente o governo da maioria. Afinal, a minoria de hoje pode ser a maioria de amanhã, e o guardião desta dinâmica majoritária/contramajoritária, em última instância, é, entre nós, o próprio Poder Judiciário que age como uma espécie de delegado do Poder Constituinte. Ou seja, a democracia não repete, ao contrário, reclama a atuação do Judiciário nesse campo”. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. cit.*, p. 25)

⁴⁹ O periódico **Gazeta do Povo**, em 10 de maio de 2006, p. 03, divulgou a seguinte notícia: “PARA CUMPRIR A LEI, MUNICÍPIOS DEIXAM DE LADO A QUESTÃO SOCIAL”. O Paraná conta com duas cidades no ranking das cem melhores e duas entre as cem piores na pesquisa que mede o Índice de Responsabilidade Fiscal, de Gestão e Social (IRFGS), criado pela Confederação Nacional dos Municípios (CNM), divulgada no fim do mês passado. Mas o fato de o Estado não ter emplacado mais municípios entre os melhores, como conseguiu o Rio Grande do Sul (30), não indica que ele vai mal. A pior cidade paranaense na lista, Nova Aurora (na Região Oeste), por exemplo, conta com uma evasão escolar menor e uma taxa de vacinação equivalente à de São José do Hortêncio (RS), que obteve o primeiro lugar no *ranking* do IRFGS. É justamente essa contradição que ocorre nos municípios brasileiros que a pesquisa pretendeu mostrar.”

contrário do que os iludidos sonham e os desinformados tentam crer, o Direito não cria o dinheiro para pagar os servidores. Não levanta as paredes da escola nem monta as carteiras escolares. E, ao contrário de reduzir as taxas de juros, acaba ao fim somente por aumentá-las. (...) Não se está a dizer, com isso – obviamente – que o Direito não tem um papel fundamental a cumprir em nossa sociedade. Claro que tem. O que se está a dizer é que esta função – que é realmente vital – deve ser vista com um olhar mais realista e menos romântico, mais prático e menos sonhador⁵⁰.

Conclui-se, pois, que a eficácia dos direitos fundamentais sociais também exige uma nova política orçamentária pelo Executivo, sendo, para tanto, indispensável uma tomada de posição ativa de nossos parlamentares, imprimindo uma nova política pública nas aplicações das dotações orçamentárias. Trata-se, pois, de opção de política legislativa. Ora, se tal assertiva, de um lado, não se constitui em nenhuma novidade, de outro, realça a conclusão de que a realização dos direitos fundamentais sociais não é um problema exclusivamente jurídico, mas também, político.

Inexorável, pois, que a política – também – é indispensável na concretização de uma sociedade melhor, vez que pode servir como instrumento de libertação, muito embora as funções que exercia no passado, agora sejam executadas pelas forças do mercado, o que acaba por possibilitar que os cidadãos busquem soluções pessoais a problemas de origem social.

Logo, a eficácia dos direitos sociais não é um problema a ser resolvido apenas por juristas e filósofos, mas também por intermédio da política. Em outras palavras, “o projeto de autonomia tem dois gumes e não pode ser de outro modo: a sociedade, para ser independente, precisa de indivíduos independentes, e estes só podem ser livres numa sociedade autônoma”⁵¹, ou seja, “os indivíduos só são livres quando podem instituir uma sociedade que protege e promove sua liberdade, a não ser que instituem juntos um agente capaz de alcançar exatamente isso”⁵².

Desse modo, conforme demonstra Zygmunt Bauman, a política – desacreditada pelos indivíduos em razão da consolidação do discurso neoliberal – deve ser retomada e vivenciada pela sociedade, para que se possa “alcançar uma sociedade na qual ‘os indivíduos reconheçam sua autonomia junto com os laços de solidariedade que os unem’”⁵³.

⁵⁰ MACHADO, Rafael Bicca. Cada um em seu lugar. Cada um com sua função: apontamentos sobre o atual papel do Poder Judiciário brasileiro, em homenagem ao Ministro Nelson Jobim. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia**. São Paulo: IOB, Thomson, 2005. p. 43.

⁵¹ BAUMAN, Zygmunt. **Em Busca da Política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 92.

⁵² *Idem*, p. 112.

⁵³ *Idem*, p. 159.

O mérito de Bauman, portanto, está em destacar a importância da política – tão abandonada pela atual sociedade, *quicá* movida pelo sentimento de inércia diante do poder do mercado – cuja real função é servir como instrumento de libertação. Nesse mister, porém, sustenta Bauman, há não só a necessidade de rejeitar políticos que prometem o “*paraíso*”, como também a transformação de problemas privados em questões públicas. Sustenta ainda, em descompasso com a maioria de pensadores, que

a globalização pode parecer-nos uma maldição, uma desgraça, mas poderá, também, se revelar uma bênção, uma vantagem. A globalização coloca na ordem do dia a grande oportunidade de toda a *humanidade* estar junta numa comunhão que abrace toda a espécie humana e cubra todo o planeta que é a nossa casa comum. Somente quando (e se) conseguirmos aproveitar essa oportunidade, evitaremos tanto a cilada do tribalismo quanto a dos diversos individualismos do “nem estou aí”, “que se danem todos”. Parece que a estrada é longa. Mas não existe outro caminho possível⁵⁴.

Essa breve digressão sobre o pensamento do sociólogo Zygmunt Bauman revela que a política se constitui em um veículo hábil e auxiliador do jurista para a concretização de uma sociedade mais justa e solidária, com a erradicação da pobreza, tal como almejado pela nossa Constituição da República (art. 3º, I e III)⁵⁵. Afinal, como bem esclarece Luís Roberto Barroso,

Pretender que uma forma de controle social, como o Direito, pudesse abolir a Política, exigiria que todos os homens, em dado momento e lugar, pensassem sempre do mesmo modo, alimentassem as mesmas crenças e almejassem os mesmos fins. Ou seja: que não fossem humanos, na plenitude e grande de sua liberdade de sentir, acreditar e criar. Nenhuma ditadura, por mais implacável, jamais conseguiria isto⁵⁶.

Em outras palavras, em que pese todos os esforços dos operadores do direito, na concretização do ser humano como um sujeito concreto de direito, essa tarefa perpassa pela política, como instrumento de libertação. Nessa linha, dever-se-á, pois, construir um novo pacto ético, dentro de uma perspectiva, na qual “as morais particulares e pessoais devem se

⁵⁴ BAUMAN, Zygmunt. **A Fugaz Felicidade Pós-moderna**. Disponível em: <<http://www.cidadefutura.com.br/cepat>>. Acesso em: 15 fev. 2004.

⁵⁵ **CF/88, art. 3º**: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária. (...) III – erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.”

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 71.

abrir a uma ética global cuja conseqüência seja a salvaguarda da integridade do criado e da humanidade (princípio social)⁵⁷.

Não obstante, no que diz respeito ao âmbito jurídico, a dogmática constitucional emancipatória sustenta a adoção de uma outra posição do Judiciário, sem olvidar, contudo, da escassez de recursos⁵⁸. Explica-se.

Incumbe ao Judiciário, pois, adotar uma nova postura dentro do possível, ora imprimindo uma conduta restritiva, ora adotando um posicionamento eminentemente ativista. Sempre, porém, é de se ponderar as conseqüências da omissão na determinação de alocação de recursos, bem como a necessidade da pretensão buscada no Judiciário, que justifique a mudança da política orçamentária eleita pelos demais Poderes. Afinal,

o Direito tem limites e a concretização dos ideais constitucionais por imposição estatal não é factível. Isso, contudo, não é desculpa para a omissão. Decisões judiciais comprometidas com aqueles ideais representarão avanço. Poderão também estimular ações equivalentes por parte dos demais poderes constituídos ou cobrança nesse sentido por parte da população. Aliás, as instituições majoritárias pecam mais pelo que deixam de fazer do que pelo que fazem. A jurisdição constitucional pode exercer relevante papel no rompimento de inércias incompatíveis com o ideal democrático⁵⁹.

Nesse particular, todavia, a postura do Judiciário não se exaure no dever de proferir decisões judiciais, com o intuito de obrigar – dentro do possível – o remanejamento de verbas orçamentárias para a concretização dos direitos sociais. Incumbe-lhe, também, interpretar a Constituição Federal, de modo a exigir – ainda que indiretamente – os direitos sociais sejam respeitados e conservados. Exemplo dessa tomada de posição é a estrita observância ao princípio constitucional da preservação da empresa, o qual não só configura um princípio constitucional (não escrito), regulador da ordem econômica, como também, um dos pilares imanes do Código Civil, como discutiremos nos próximos capítulos.

Nunca é demais lembrar que a atividade empresarial resulta em empregos e tributos, contribuindo, pois, diretamente para o desenvolvimento da sociedade, motivo pelo qual, possui papel de fundamental importância na concretização dos direitos sociais e, portanto, para o resgate do indivíduo como sujeito concreto de direitos. Aqui, pois, reside uma das principais tarefas do operador do direito.

⁵⁷ BOFF, Leonardo. **Ethos Mundial**. Rio de Janeiro: Sextante. 2003. p. 43.

⁵⁸ Sobre o tema, dentre outros, ver: AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha** – Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

1.3 A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988

No tocante à ordem econômica, a Constituição de 1988 se preocupou no sentido de que o exercício da atividade econômica não prejudicasse os direitos fundamentais⁶⁰, e sim, os auxiliasse, razão pela qual, não se deve atribuir à locução *livre-iniciativa*, “uma significação estritamente econômica, pois ela se reporta sempre à liberdade do homem enquanto indivíduo, ou melhor, enquanto pessoa. A livre empresa não é senão um corolário ou projeção dessa liberdade fundamental”⁶¹.

A Constituição Federal de 1988 instaurou, portanto, uma ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, observada a função social da propriedade e a busca do pleno emprego⁶².

O legislador constituinte, de maneira categórica, pretende evitar que a iniciativa econômica privada possa ser desenvolvida de maneira prejudicial à promoção da dignidade da pessoa humana e à justiça social. Rejeita, igualmente, que os espaços privados, como a família, a empresa e a propriedade, possam representar uma espécie de zona franca para a violação do projeto constitucional⁶³.

Inegável, então, que a ordem econômica estabelecida pela Constituição Federal não pode ser analisada literalmente, mas, sim, de forma sistemática. Logo, mesmo nos conflitos envolvendo questões empresariais, há que se observar os enunciados elencados nos arts. 1º, IV e 3º, I, ambos da Constituição que dispõem:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

⁵⁹ MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 316.

⁶⁰ Sobre o assunto ver: GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição...** *Op. cit.*

⁶¹ REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 46.

⁶² **CF/88, 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: (...) III – função social da propriedade; (...); VIII – busca do pleno emprego.”

⁶³ TEPEDINO, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Civil: Perspectivas Interpretativas Diante do Novo Código. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 118.

IV – os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa.

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Nesse sentido, a lição de Raul Machado Horta:

A Ordem Econômica e Financeira não é ilha normativa apartada da Constituição. É fragmento da Constituição, uma parte do todo constitucional e nele se integra. A interpretação, a aplicação e a execução dos preceitos que a compõem reclamam o ajustamento permanente das regras da Ordem Econômica e Financeira às disposições do texto constitucional que se espriam nas outras partes da Constituição. A Ordem Econômica e Financeira é indissociável dos princípios fundamentais da República Federativa e do Estado Democrático de Direito. Suas regras visam atingir os objetivos fundamentais que a Constituição colocou na meta constitucional da República Federativa. A Ordem Econômica e Financeira é, por isso, instrumento para construção de uma Sociedade livre, justa e solidária. É a fonte das normas e decisões que permitirão à República garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação⁶⁴.

Percebe-se, pois, que eventual conflito ou mesmo incompatibilidade, ainda que transitória entre o lucro (compatível com a livre-iniciativa da atividade empresarial) e a concretização dos direitos sociais, a solução jurídica adequada para dirimi-lo deverá privilegiar, ao final, os objetivos sociais.

Em conseqüência, resulta lógico sustentar que a ordem econômica brasileira, a partir da Constituição Federal, defende a livre-iniciativa e a valorização do trabalho humano, para que auxiliem – em caráter preferencial – na proteção da dignidade da pessoa humana, afastando, portanto, qualquer possibilidade de desprezá-la. Felizmente, já se extrai dos Tribunais, decisões pautadas nessa posição, dentre as quais, o seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça,

Habeas corpus. Prisão Civil fiduciária em garantia. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais de igualdade e liberdade. Cláusula geral dos bons costumes e regra de interpretação da lei segundo seus fins sociais. Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, a exigir

⁶⁴ HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte. Del Rey, 1995. p. 301.

que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da aplicação da lei e obediência aos bons costumes. Arts. 1º, III, 3º, I, e 5º, *caput*, da CR. Arts. 5º e 17 da LICC. Dec.-lei 911/67. Ordem deferida⁶⁵.

Em outras palavras, a Constituição Federal quando trata da ordem econômica funcionaliza a atividade econômica para que auxilie na proteção da dignidade da pessoa humana. Conclui-se, portanto, que “a Constituição de 1988, fundada no trabalho valorizado e na liberdade de iniciativa, insere a função social como um dos princípios da ordem econômica. Com isso, visou alcançar existência digna para todos”⁶⁶. Logo, a proteção dos direitos humanos não se constitui em dever exclusivo do Estado, mas também é obrigação dos empresários e demais sujeitos que atuam no mercado.

Diante desse projeto constitucional, há que se defender que a preservação da empresa foi erigida a princípio constitucional, sob pena de não atingir os objetivos pretendidos, dentre os quais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF/88, art. 3º, I), mesmo porque nem todos os princípios constitucionais estão escritos. Alguns deles existem, embora não escritos, podendo aqui destacar-se o princípio da *segurança jurídica*.

Embora tal princípio não esteja expresso no Texto Constitucional, podemos extrair sua formulação a partir dos princípios explícitos, como, *v.g.*, o princípio da legalidade (art. 5º, II), a irretroatividade das leis e a proteção à coisa julgada (art. 5º, inc. XXXVI), o princípio do Juiz Natural (art. 5º, inc. XXXVII), o livre acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, inc. XXXV), o princípio da anterioridade tributária (art. 150, inc. III, “b”), entre outros. Da análise sistêmica dos dispositivos citados podemos sentir a preocupação do constituinte em garantir a estabilidade e segurança jurídicas. Assim, o indivíduo somente estará submetido ao comando da lei, preexistente ao tempo da conduta. Caso este direito seja violado, poderá pleitear junto ao Poder Judiciário a resolução da lide, tendo a certeza de que será julgado por um magistrado imparcial e que a sentença, após adquirir os atributos da definitividade e imutabilidade, nos termos da lei processual, terá posto fim à controvérsia que o afligiu. Nota-se, pois, que todo o sistema jurídico-constitucional está voltado para a realização desse princípio que, embora implícito, se reveste de capital importância para a estrutura do Estado de Direito⁶⁷.

⁶⁵ BRASIL. STJ – 4ª Turma – HC 12.547 – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – j. em 01.06.2000.

⁶⁶ SOUSA, Sueli Baptista de. **Responsabilidade dos Sócios na Sociedade Limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 176.

⁶⁷ PERRINI, Raquel Fernandes. Os princípios constitucionais implícitos. **Revista dos Tribunais** – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, n. 17, p. 132, out./dez. 2002.

Sem embargo dessa reflexão doutrinária, denota-se que a comprovação da existência de princípios constitucionais não escritos está no próprio texto constitucional, que, ao tratar dos direitos fundamentais, estabelece em seu art. 5º, §§ 1º e 2º, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata e que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte⁶⁸.

Destarte, há que se defender a existência de princípios constitucionais não escritos⁶⁹. Como exemplo pode-se destacar o princípio da proporcionalidade. Paulo Bonavides, após demonstrar que a idéia do princípio da proporcionalidade pode ser extraída das normas escritas no art. 5º, V, X e XXV, art. 7º, IV, V e XXI, art. 174, § 1º, observa que “é na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral de direito, apto a acautelar do arbítrio do poder o cidadão e toda a sociedade, que se faz mister reconhecê-lo, já implícito e, portanto, positivado em nosso Direito Constitucional”⁷⁰.

Percebe-se, pois, que inexistem divergências doutrinárias quanto à defesa do princípio da segurança jurídica e do princípio da proporcionalidade, como princípios constitucionais não escritos. Fenômeno semelhante, porém, não sucede quanto ao princípio da preservação da empresa, o qual, infelizmente, até o momento, não mereceu a devida atenção de nossa literatura jurídica.

Indispensável, pois, enfrentar a questão da preservação da empresa, como princípio constitucional não escrito.

1.4 Princípio Constitucional da Preservação da Empresa

Na busca da concretização da livre-iniciativa, desde que valorizado o trabalho humano, a Constituição Federal, também, elege como princípios da ordem econômica, dentre outros, a (1) a função social da propriedade, (2) a livre concorrência, (3) a busca do pleno emprego (CF/88, art. 170, I-IX).

⁶⁸ Sobre o assunto, dentre outros, ver SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 85 e ss.

⁶⁹ Sobre o tema, dentre outros, ver: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição...** *Op. cit.*; SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 395.

Ora, não se pode falar em busca do pleno emprego, sem propiciar a preservação da empresa, que, por sua vez, “interessa ao Direito e à Economia, pela proteção que oferece à continuidade dos negócios sociais”⁷¹. Afinal, o exercício da atividade empresarial é a fonte de tributos e empregos. Ou seja, sem preservação da atividade empresarial inexistem empregos, razão pela qual não há como se valorizar o trabalho, motivo por que a pretensão do legislador constituinte ficaria reservada ao seu imaginário. Em outras palavras, o princípio da busca do pleno emprego,

corresponde ao da preservação ou da manutenção da empresa (de que é corolário o da recuperação da empresa), segundo o qual, diante das opções legais que conduzam a dúvida entre aplicar regra que implique a paralisação da atividade empresarial e outra que possa também prestar-se à solução da mesma questão ou situação jurídica sem tal consequência, deve ser aplicada essa última, ainda que implique sacrifício de outros direitos também dignos de tutela jurídica⁷².

A preservação da empresa como princípio constitucional, porém, não deriva exclusivamente do princípio da busca do pleno emprego (CF/88, art. 170, VIII), mas também, do fato de que a Constituição Federal, dentre os princípios gerais da atividade econômica, estabelece a função social da propriedade (CF/88, art. 170, III), o que não tolera a extinção de empresas produtivas, sob pena de não atender aos interesses coletivos, mas, tão-somente, aos individuais e patrimoniais dos seus titulares. A presente conclusão, ademais, encontra respaldo no entendimento de que a empresa se constitui a noção contemporânea de propriedade, o que motivou Orlando Gomes, ainda no século passado, a dizer que “a transição da propriedade para a empresa é considerada uma revolução copernicana no direito privado”⁷³. Disse mais:

O jurista que observa a paisagem da vida econômica contemporânea se convencerá de que a evolução das estruturas da economia relegou a segundo plano, sob a perspectiva social, a atividade de gozo do proprietário quando comparada à atividade produtiva do empresário. (...) Dessa constatação, surgiu a categoria jurídica da empresa, introduzida no centro do sistema do direito privado. (...) O exercício da atividade econômica pela organização de bens e pessoas nessas unidades orgânicas cada dia maiores e mais poderosas exige disciplina que encare o direito de propriedade sob novas perspectivas. Sendo a empresa em última análise, um dos modos de seu exercício e

⁷¹ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 199.

⁷² GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. **Apontamentos de Direito Comercial**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 99.

⁷³ GOMES, Orlando. **Novos Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 32.

devido subordinar-se esse exercício ao interesse geral, o poder jurídico que o pressupõe deixa de ser, nesse ponto, um direito subjetivo puro, por que não é mais, exclusivamente, “um poder da vontade para a realização de um interesse próprio”, senão um poder que, embora exercido com fim lucrativo, e, portanto, no interesse de quem o exerce, deve ao mesmo tempo legitimar-se pela realização de interesse extra-pessoal transindividual. Desse modo, o proprietário na veste do empresário ou empreendedor tem deveres e responsabilidades. (Mantida a grafia e a acentuação originais.)

A preservação da empresa como princípio constitucional, também, pode ser visualizada a partir da desmaterialização da riqueza⁷⁴, conseqüência da função social da propriedade, o que levou Enzo Roppo a consignar que “ parece ser o contrato, e já não a propriedade, o instrumento fundamental de gestão dos recursos e de propulsão da economia”⁷⁵, mesmo porque, “no presente, o processo econômico é determinado e impulsionado pela empresa, e já não pela propriedade”⁷⁶.

Ora, se a empresa consubstancia a noção contemporânea da propriedade, ela, por força de princípio constitucional, deve atender a uma função social, isto é, gerar benefícios não só aos seus titulares, mas também a terceiros, isto é, a trabalhadores, fornecedores, consumidores e ao próprio Estado (em razão do interesse de recolher tributos do exercício daquela atividade econômica organizada). Assim procedendo, a Constituição Federal “levou em conta a propriedade, considerada sob o aspecto econômico, mas com evidentes reflexos sociais, que abrangem, primordialmente, a empresa, como atividade organizadora que é da propriedade em fase dinâmica, nesta reconhecida, como meio de produção”⁷⁷. Conclui-se, destarte, que o legislador constituinte defende a preservação da empresa; em caso contrário, não existirá função social concreta e, muito menos, haverá o desenvolvimento de atividade produtiva, com reflexos sociais, como a geração de empregos. Aliás, como registra Ricardo Tepedino, “Impossível esquecer-se de que a Constituição Federal eleva a função social da propriedade e a busca do pleno emprego à condição de princípios da atividade econômica

⁷⁴ “Com o progredir do modo capitalista, com o multiplicar-se e complicar-se das relações econômicas, abre-se um processo que poderemos definir como de mobilização e desmaterialização da riqueza, a qual tende a subtrair o direito de propriedade (como poder de gozar e dispor, numa perspectiva estática, das coisas materiais e especialmente de bens imóveis) a sua supremacia entre os instrumentos de controle e gestão da riqueza. Num sistema capitalista desenvolvido, a riqueza de facto não se identifica apenas com as coisas materiais e com o direito de usá-las; ela consiste também e sobretudo, em bens imateriais, em relações, em promessas alheias e no correspondente direito ao comportamento de outrem, ou seja, a pretender de outrem algo que não consiste necessariamente numa *res* a possuir em propriedade.” (ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998. p. 64)

⁷⁵ ROPPO, Enzo. *Op. cit.*, p. 66.

⁷⁶ *Idem*, p. 67.

⁷⁷ SOUSA, Sueli Baptista de. *Op. cit.*, p. 176.

(art. 170, III e VIII), (...) e não será destruindo centros de produção que essas normas serão observadas”⁷⁸.

A preservação da empresa como exigência da interpretação adequada da ordem econômica prevista na Constituição Federal já se tornou o fundamento eleito pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais com o intuito de resolver alguns litígios postos a julgamento, o que reforça a plausibilidade da tese aqui defendida. A propósito, veja-se:

Concordata preventiva. Devedor. Protesto de título. Existência. Deferimento. A existência de protesto de título contra o devedor não impede o deferimento da concordata preventiva, eis que a empresa deve ser preservada, para que atenda a sua finalidade social, como corolário do princípio fundamental insculpido na CF/88, art. 1º. O valor social do trabalho do empresário, assim como a livre-iniciativa estão consagrados no referido dispositivo constitucional, que tem de servir como norte ao intérprete do direito. E, havendo incompatibilidade entre o disposto na Lei Maior e na lei ordinária, a inadequação verificada resolve-se em favor da norma fundamental. (TJMG – Agravo 136.240/9 – Rel. Des. Almeida Melo – j. em 04.03.1999 – DJ de 29.10.1999)

Falência. Protesto irregular. Ausência de identificação do recebedor da intimação. Impontualidade não caracterizada. Precedentes do STJ. Princípio da preservação da empresa. (...). Diante do caráter difuso, do qual se extrai indiscutível importância da atividade empresarial para a economia, tem-se entendido que é possível a decretação da quebra somente quando a empresa for efetivamente inviável, impondo-se avaliar o interesse público na sua manutenção, em face do art. 170 da Constituição Federal. (TJMG – 5ª Ccív. – Ap. 1.0024.04.286748-1/001 – Rel. Des. Nepomuceno Silva – DJ de 15.05.2005)

O estudo da ordem econômica, portanto, também se funda no princípio da preservação da empresa, que, por sua vez, contribui para a concretização dos demais direitos fundamentais, sendo que nunca é demais lembrar que eventuais “direitos fundamentais não enumerados” abrangem direitos de *qualquer natureza*: tanto direitos, liberdades, garantias como direitos econômicos, sociais e culturais”⁷⁹. Não se quer com essa observação, no entanto, erigir o princípio da preservação da empresa a direito fundamental, mesmo porque é impossível fazê-lo dada a natureza dos direitos fundamentais, os quais, na essência, são os direitos do homem livre e isolado, sem prejuízo de que a “distinção entre direitos fundamentais ou não radica na própria CF. Os direitos do art. 5º são enunciados, como

⁷⁸ TEPEDINO, Ricardo. A recuperação da empresa em crise diante do Decreto-lei 7.661/45. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Malheiros, n. 128, p. 167, out./dez. 2002.

⁷⁹ QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais...**, p. 89.

direitos e garantias fundamentais (CF/88, art. 5º, *caput* e itens I a LXXVII). Outros há que a fundamentabilidade não os reveste. Dentre os direitos constitucionalmente assegurados, só os direitos fundamentais estão sintaticamente ao abrigo das “cláusulas pétreas” (CF/88, art. 60, § 4º, IV). Não os outros direitos instituídos ao longo do texto constitucional”⁸⁰. O que se pretende, tão-somente, é demonstrar que a defesa da preservação da empresa, como princípio constitucional não escrito e integrante da ordem econômica nacional, auxilia em demasia a concretização dos direitos fundamentais, notadamente o da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, “sua preservação está em conformidade com os postulados do atual sistema constitucional, cuja preocupação primeira é atender e preservar os interesses sociais do homem, em sua plenitude”⁸¹.

O pensamento ora defendido também encontra respaldo em outras vozes que, analisando a questão da empresa em dificuldade econômico-financeira transitória, sustentam que para sua recuperação e preservação, naquele momento exclusivamente, há que se privilegiar a preservação da empresa em detrimento de outros princípios, como os direitos trabalhistas. Nesse sentido o pensamento de Jorge Lobo:

No caso de recuperação judicial, a assembléia geral de credor e o juiz da causa deverão entregar-se à “ponderação de fins” – salvar a empresa, manter os empregos e garantir os créditos –, pelo princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, quando, então, talvez, venham a concluir que o caso concreto exige o “sacrifício”, p. ex.: (a) do interesse da empresa e de seus sócios ou acionistas em benefício de empregados e credores ou (b) dos direitos de empregados e credores em prol da empresa⁸².

A preservação da empresa como princípio constitucional, ainda que não escrito, também se coaduna com a opinião de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, que para evitar que a eficácia da recuperação judicial venha a ser abalada, não reconhece ao sócio de sociedade em recuperação judicial o direito de recorrer ao recesso, mesmo que inexista regra específica, uma vez nessas condições o instituto do direito de recesso é contrário ao sistema e, portanto, inaceitável⁸³. Nesse caso específico, como se vê, o direito individual de propriedade

⁸⁰ BORGES, José Souto Maior. Relação entre Tributos e Direitos Fundamentais. In: FISCHER, Octavio de Campos (Coord.). **Tributos e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Dialética, 2004. p. 217-218.

⁸¹ SOUSA, Sueli Baptista de. *Op. cit.*, p. 205.

⁸² LOBO, Jorge. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 110.

⁸³ “Não há como reconhecer ao sócio de sociedade em recuperação judicial o direito de recorrer ao recesso, pois a admissão desta possibilidade afetaria a eficácia da recuperação almejada não somente pelos credores, mas pelos empregados, pelos demais sócios e pela comunidade em geral na qual determinada empresa atua. De

(patrimonial) do titular cede (ainda que temporariamente) diante da necessidade do exercício e exploração da propriedade (função social).

Em verdade, como bem esclarece Jean-François Martin, “a idéia de evitar ou de prevenir a falência é muito antiga: ela se justifica pelas motivações de cada uma: o devedor que quer fugir desse procedimento e suas conseqüências; o credor que espera mais de um acordo que lhe assegurará o pagamento e lhe conservará o cliente e a coletividade que se preserva de um sinistro com múltiplas conseqüências”⁸⁴. Advirta-se, porém (inclusive, na tentativa de minorar determinados equívocos que ocorrem na prática forense), que o princípio da preservação da empresa não representa que toda e qualquer empresa deva ser preservada⁸⁵. Não é isso. Na verdade, esse princípio, também representa a liquidação imediata de determinada empresa, como forma de preservar as demais que funcionam naquele sistema, evitando destarte, que todo o mercado fique abalado. Como bem esclarece Paulo Penalva Santos, “nada pode ser mais danoso ao interesse público do que a manutenção de empresas ineficientes, as quais inevitavelmente seriam mantidas com subsídios públicos. Nem mesmo o interesse exclusivo dos trabalhadores pode prevalecer em detrimento dos contribuintes que pagam as subvenções, e do conjunto da sociedade que sofre as conseqüências de baixa produtividade e da ineficiência dessas empresas”⁸⁶.

Percebe-se, pois, que o instituto da falência propriamente dito também desempenha uma função social ao retirar do mercado o empresário inescrupuloso ou incompetente, e, por conseguinte, preserva a cadeia produtiva. Com a palavra Marcelo Guedes Nunes e Marco Aurélio Freire Barreto:

um lado estaria um indivíduo ou um grupo de pessoas objetivando um benefício particular, de outro, uma comunidade diferenciada a ser negativamente afetada pelo insucesso definitivo da empresa. Mesmo que não houvesse restrição legislativa ao recesso (por não constar de uma das hipóteses específicas encontradas na lei), tal instituto seria contrário ao sistema e, portanto, inaceitável.” (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Direito de retirada: tratamento legal na falência e na recuperação. In: CASTRO, Rodrigo P. Monteiro de; ARAGÃO Leandro Santos de (Coords.). **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 106-107)

⁸⁴ MARTIN, Jean-François. Premières impressions de la pratique sur la loi nouvelle. In: FRISON-ROCHE, Marie-Anne (Org.). **Le Nouveau Droit des Défaillances D’Entreprises**. Paris: Dalloz, 1995. p. 41. Tradução livre do autor.

⁸⁵ Preocupação idêntica é a destacada por Ingo Wolfgang Sarlet, quanto à banalização, quando não, ao uso inflacionário e panfletário do princípio da dignidade humana. (SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais – Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 230-231). A questão será retomada nos próximos capítulos.

⁸⁶ SANTOS, Paulo Penalva. Nota aos Comentários à Lei de Falências (Decreto-lei 7.661 de 21 de junho de 1945). In: VALVERDE, Trajano Miranda. **Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1, p. 31.

os mecanismos legais de falência empresarial desempenham uma importante função social, que é retirar do mercado o mau empresário e permitir que os recursos sob sua administração sejam alocados de maneira mais eficiente. Por isso, nem toda empresa que apresenta dificuldades financeiras deve ser beneficiada com a recuperação judicial. Há de se distinguir entre as empresas que tenham dificuldades conjunturais momentâneas (viáveis no longo prazo) daquelas que apresentam dificuldades estruturais e insanáveis (inviáveis no longo prazo)⁸⁷.

Portanto, a defesa da preservação da empresa não autoriza sua aplicação generalizada, isto é, padronizada, com o sacrifício habitual dos credores. Há que se efetuar uma análise específica do caso concreto e, por conseguinte, dos interesses envolvidos, de modo a decidir se naquela situação prepondera a manutenção da unidade produtiva em detrimento dos seus credores (crédito) ou a liquidação imediata, evitando que seu estado de insolvência permaneça indefinido, abalando não só a comunidade envolvida, mas também a credibilidade do mercado, essencial para o seu funcionamento⁸⁸.

Incumbe, pois, ao operador do direito a análise do caso concreto, com base nos princípios norteadores da ordem econômica (aqui compreendido o da preservação da empresa), decidir se determinada empresa merece guarida judicial no sentido de ser preservada; ou, caso contrário, liquidada imediatamente, de modo que as demais empresas que integram o mercado não sofram nenhum abalo, continuando o exercício de suas atividades. Não resta outra opção ao operador do direito, posto que seria ingênuo legislar sobre critérios eminentemente econômicos. Prefaciando o livro de María Isabel Candelario Macías e Luisa Rodrigues Grillo, Salvador Dário Bergel esclarece com precisão que “A experiência universal nos ensina que as soluções ensaiadas por diversos sistemas legais para enfrentar o fenômeno das empresas em crise não tem sido de todo satisfatórias e isso nada tem a ver com agudez da visão do legislador, mas como dado insustentável: os limites próprios da atuação do legislador e do juiz em um campo em que prevalecem os fenômenos econômicos”⁸⁹.

⁸⁷ NUNES, Marcelo Guedes; BARRETO, Marco Aurélio Freire. Alguns apontamentos sobre comunhão de credores e viabilidade econômica. In: MONTEIRO, Rodrigo R.; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coords.). **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 311.

⁸⁸ Essa problemática não se limita à doutrina nacional. Pelo contrário. Gera transtornos e, em consequência, desafios a jurista de outros países. Sobre a temática no Direito Comparado, dentre outros, ver DUARTE, Henrique Vaz. **Questões sobre Recuperação e Falência**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 21 e ss.

⁸⁹ “La experiencia universal nos enseña que las soluciones ensayadas por los diversos sistemas legales para afrontar el fenómeno de la crisis de las empresas no han sido del todo satisfactorias y esto no tiene nada que ver con la agudeza de mira del legislador, sino con un dato insoslayable: los límites propios de la actuación del legislador y del juez en un campo en el que prevalecen los fenómenos económicos.” (MACÍAS, María Isabel Candelario; GRILLO, Luisa E. Rodrigues. **La Empresa en Crisis**. Derecho Actual. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998. p. 17). Tradução livre.

Eleva-se, pois, na atualidade, a função desenvolvida pela jurisprudência⁹⁰, com o intuito de harmonizar textos de lei que em tese resultam contraditórios, como também de desenvolver e concretizar a norma jurídica. Não se quer aqui, menosprezar o papel dos advogados e juristas. Afinal, incumbe-lhes, por intermédio da argumentação, respaldada na doutrina, suscitar os debates junto aos Tribunais, desenvolvendo e consolidando os princípios e objetivos previstos na Constituição Federal.

A importância atribuída à função desenvolvida pela jurisprudência não implica menosprezo ao texto de lei, mas, tão-somente, evitar eventual descompasso com a realidade social e, por conseguinte, induzir o legislador a propiciar novos diplomas que incentivem a função social das empresas e, por conseguinte, sua preservação, mesmo porque, quando atravessam dificuldades financeiras (às vezes, alheias a sua vontade, como, quando derivadas da mudança de política governamental), muitos empresários – ainda que inconscientemente – recusam-se a aceitar a realidade. Por esse motivo, merece aplausos a iniciativa do legislador francês, ao se preocupar em instituir mecanismos judiciais de alerta na tentativa de evitar uma situação de insolvência irreversível, como informa Véronique Bourgninaud:

O adágio “Um homem prevenido vale por dois” adquire aqui uma importância maior, pois este alerta dirige-se ao empresário, dirigente de empresa geradora de empregos e peça importante na economia. Por bloqueio psicológico, muitos empresários recusam-se a ver a degradação da situação e não aceitam a realidade. Quando dão por si, não há mais como reagir. Um alerta precoce pode ser um meio de conscientizá-los das dificuldades pelas quais está passando sua empresa. As medidas de prevenção consistem essencialmente na adesão de algumas empresas a grupos de prevenção homologados e nos procedimentos de alerta. (...) a lei de 10 de junho de 1994 estendeu o direito de alerta do Presidente do Tribunal. Estas medidas preventivas podem ter origem externa ou interna à empresa^{91/92}.

⁹⁰ “Entre o ideal da certeza e estabilidade das normas para que a segurança no tráfico jurídico não fique comprometida, e o ideal de que o direito se aproxime da justiça, a jurisprudência realiza sua altíssima função de harmonizar o que aparentemente resulta contraditório: harmonizar aquela certeza e estabilidade da norma com o fluente e variável que nos apresenta a vida do direito. (...) A jurisprudência, como fonte principal do direito, evitando sua cristalização, constitui a prova de como já não procede inclinar-se ante o dogma da onipotência legislativa e, assim, permanecer indiferente ou impassível frente a uma norma que se separa da idéia da maior humanização.” (SPOTA, Alberto G. **O Juiz, o Advogado e a Formação do Direito através da Jurisprudência**. Tradução de Jorge Trindade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 56)

⁹¹ “L’adage <Un homme averti en vaut deux> revêt ici une importance particulière, car cet avertissement s’adresse au chef d’entreprise, porteuse d’emplois et maillon de la chaîne économique. Par blocage psychologique, beaucoup de chefs d’entreprises apprécient mal la dégradation de la situation et refusent d’admettre la réalité. Lorsqu’ils se réveillent, tout espoir de redressement est réalité. Lorsqu’ils se réveillent, tout espoir de redressement est vain. Une alerte précoce peut être un moyen de faire prendre conscience aux dirigeants des difficultés que traverse leur entreprise. Les mesures de prévention sont essentiellement constituées par l’adhésion de certaines entreprises à des groupements de prévention agréés et par les procédures d’alerte. (...) la loi du 19 juin 1994 étend le droit d’alerte confié au président du tribunal. Ces mesures préventives peuvent avoir une origine externe ou interne à l’entreprise.” (BOURGNINAUD, Véronique. **Droit des Entreprises en Difficulté**. 2. ed. Paris: Economica, 1995. p. 11-12). Tradução livre.

⁹² No mesmo sentido, ver: COURET, Alain et alii. **La Réforme du Droit des Entreprises en Difficulté**. Paris: Montchrestien, 1995.

O princípio da preservação da empresa, portanto, constitui-se no princípio constitucional, porém o modo de sua aplicação, isto é, a preservação propriamente dita ou liquidação imediata, deve ser analisada caso a caso pelo operador do direito, sendo que nesse mister, o advogado e o Juiz desempenham papel de fundamental importância, cujo desinteresse e desleixo podem resultar no desvirtuamento dos fundamentos do nosso ordenamento jurídico. Sobre essa temática pertinente a advertência do legislador português, por ocasião da exposição de motivos do Código de Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência em Portugal, no sentido de que os Tribunais não devem preservar indistintamente todas as empresas que enfrentam dificuldades financeiras e/ou econômicas, uma vez que os institutos judiciais previstos no texto de lei buscando a preservação ou recuperação das empresas não se constituem em “*planos de caridade evangélica*”. Diz o legislador lusitano:

os programas de recuperação económica da empresa insolvente não são planos de caridade evangélica aplicados aos que dela dependem, porque não é nessa vertente da vida social que a caridade encontra o seu lugar próprio. Só a real viabilidade económica da empresa em dificuldade pode legitimar, sobretudo numa economia de mercado como a que hoje vigora no espaço comunitário europeu, o cerceamento da reacção legal daqueles cujos direitos foram violados⁹³.

Desse modo, evidente que a concretização dos direitos fundamentais sociais exige não só uma nova política orçamentária com fiscalização efetiva do Judiciário, mas também, uma dogmática constitucional emancipatória, que interprete não só o texto constitucional, mas igualmente o Código Civil e legislação extravagante de modo solidário, aberto e evolutivo, como, por exemplo, na defesa responsável do princípio constitucional da preservação da empresa.

⁹³ Newton de Lucca, em conferência proferida no “Seminário sobre a Lei de Falência”, em 23 de agosto de 1999, no Salão Nobre da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo, registrou que “na qualidade de agraciado com Bolsa de Estudos pelo *Ministero Affari Esteri* do Governo Italiano, foi participante do Seminário denominado “*Troubled Business Enterprises*”, no período de 10 a 22 de outubro de 1995, na cidade de Roma, promovido pelo *International Development Law Institute*, tendo assistido a numerosas exposições de especialistas internacionais a respeito da matéria. Uma dessas palestras era voltada, especialmente, para o instituto da reorganização no direito norte-americano. Foi referido, naquela oportunidade, que apenas 5% (cinco por cento) dos planos de reorganização davam certo, evitando-se a aplicação do Capítulo 7 a respeito da liquidação. É preciso, pois, que a advertência seja devidamente feita em tempo oportuno. Não bastará criar-se, entre nós, o plano de recuperação. A sua transparência e viabilidade serão elementos absolutamente decisivos para que o instituto tenha êxito”. (LUCCA. A reforma do Direito Falimentar no Brasil. **Separata da Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. São Paulo, n. 40, p. 48, 1999)

2 DO DIREITO CIVIL POSITIVADO NO CC DE 1916 E AO FENÔMENO DA “CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL”

2.1 Modelo Clássico

O Código Civil brasileiro de 1916, ainda que merecedor de respeito, era fruto do positivismo e das doutrinas individualistas, consagradas pelo Código de Napoleão e incorporadas pelas codificações do século XIX⁹⁴. Afinal, naquela época, o interesse da sociedade, de um lado, era conter eventuais abusos do Estado e, de outro, voltado exclusivamente para os interesses patrimoniais, o que se revela na preocupação exagerada daquele legislador em tutelar a propriedade, olvidando-se, pois do sujeito não proprietário, de tal sorte que, com as mudanças operadas na sociedade – principalmente após o período pós-Segunda Guerra Mundial – deixou de atender aos anseios da contemporaneidade, em que pese o esforço dos Tribunais em atualizar o referido Código, segundo os desejos da nova realidade social e econômica⁹⁵.

Há que se observar, no entanto, que o Código Civil de 1916, denominado Código Beviláqua, era totalmente coerente com sua época, na qual predominava uma sociedade rural⁹⁶. Naquela época, “a família era eminentemente patriarcal; o divórcio não era admitido

⁹⁴ Sobre assunto, dentre outros, ver TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 2.

⁹⁵ “O Direito Civil clássico, enquanto fruto do jus-racionalismo e da filosofia iluminista, representado pelo Código Napoleônico, é marcado pela exacerbação do patrimônio. Inserido nesse contexto, o Código Civil brasileiro não passou imune às influências européias, tendo sido em grande escala marcado em sua essência pelo caráter patrimonial imobiliário, em que a pessoa humana não é vista pelo que é, mas pelo que tem. Com as transformações operadas no seio da sociedade, os institutos são avistados em relação à sua função social, e aflora o princípio da dignidade da humana. Nessa mudança de paradigmas, urge que o intérprete esteja sempre atento a uma jurisprudência civil mais conectada aos valores existenciais”. (FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 123)

⁹⁶ Conforme narra Orlando Gomes, “ao tempo em que Clóvis Beviláqua apresentou o Projeto do Código Civil brasileiro, éramos, na precisa observação de Sílvio Romero, uma nação embrionária, cuja indústria mais importante consistia em uma lavoura rudimentar, extensiva, servida ontem por dois milhões de escravos e, àquele tempo, abolida a escravatura, isto é, na última década do século XIX, por trabalhadores nacionais e algumas dezenas de milhares de colonos de procedência européia; a população em geral era pobre, na sua maioria, mas eram os pobres da inércia e não os proletários no sentido socialista, porque não eram operários rurais ou fabris. (...) Predominavam os interesses dos fazendeiros e dos comerciantes, aqueles produzindo para o mercado internacional e estes importando para o comércio interno. Esses interesses era coincidentes. Não havia, em consequência, descontentamentos que suscitasse grandes agitações sociais. A preservação e a defesa desses interesses estavam confiadas a uma classe média escassa, cujo marginalismo econômico se compensava no exercício de cargos burocráticos”. (GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. *Op. cit.*, p. 24-25)

(...). A propriedade era compreendida segundo a tradição liberal, e as poucas restrições que dela decorriam provinham do direito de vizinhança⁹⁷. Mesmo assim, vigorou durante quase um século, com plena aplicabilidade, sem prejuízo da função atualizadora da jurisprudência e a proliferação de microssistemas, os quais se caracterizam por apresentar especialização de determinados institutos, regulando-os de modo pormenorizado. Estes estatutos,

designados num primeiro momento como leis extravagantes, foram editados em razão de pressões sociais, para atendimento das mais diversas necessidades, em particular a proteção da parte economicamente mais fraca, que, na passagem de uma realidade rural para a vida urbana, viu-se compelida, v.g. a locar imóveis para moradia, comprar terrenos a prestação, mediante compromissos de compra e venda, por não ser titular de direito proprietário sobre imóveis residenciais, ou a residir em apartamentos, muitas vezes adquiridos antes de serem construídos, ficando, ao assumir estas obrigações, desamparados pelo Código Civil, ante as lacunas nele existentes a respeito destas relações jurídicas ou pela inviabilidade de operacionalização do contido no seu texto a propósito de determinados temas, como ocorreu com a locação urbana. Portanto e neste passo, os estatutos revogaram ou complementaram o contido na codificação⁹⁸.

Inegável, portanto, o descompasso entre a atual sociedade e aquela vigente por ocasião da elaboração do Código Civil de 1916⁹⁹. Afinal, os desafios são distintos. Outros horizontes se apresentam, uma vez que a sociedade deixou de ser estática, centrada na figura do sujeito proprietário. Na verdade, externa-se de modo dinâmico, plural, aberto e complexo, cuja conseqüência é a fragmentação do direito privado¹⁰⁰, ou seja, “o sistema unitário simbolizado pelo Código Civil, que tinha a pretensão de disciplinar todos os aspectos da vida

⁹⁷ COUTO E SILVA, Clóvis. O Direito Civil Brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 19.

⁹⁸ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 7.

⁹⁹ Sobre a superação do modelo clássico, ler, dentre outros: ARONNE, Ricardo. **Propriedade e Domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997; TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas...* *Op. cit.*

¹⁰⁰ “O Direito Civil atual não se funda em uma só lei codificada; ao contrário, há muitas leis para distintos setores de atividade e de cidadãos. A igualdade legislativa é um sonho esquecido, na medida em que as normas jurídicas são particularizadas e com efeitos distributivos precisos. A idéia de ordenar a sociedade ficou sem efeito a partir da perda do prestígio das visões totalizadoras; o Direito Civil se apresenta antes como estrutura defensiva do cidadão e de coletividades do que como ‘ordem’ social. O Código divide sua vida com outros Códigos, com microssistemas jurídicos e com subsistemas. O Código perdeu a centralidade, porquanto ela se desloca progressivamente. O Código é substituído pela constitucionalização do Direito Civil, e o ordenamento codificado pelo sistema de normas fundamentais.” (LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 45)

privada, vê-se esfacelado em uma miríade de leis e decretos que subtraem determinados institutos da monolítica disciplina codicista. Esses novos estatutos passam a disciplinar tais temas sob outros enfoques e princípios”¹⁰¹.

Nesse novo cenário, a releitura dos textos normativos à luz da Constituição Federal tornou-se indispensável ao operador do direito, (1) seja para garantir uma unidade sistemática, (2) seja pelo fato de que a Constituição Federal de 1988, absorveu setores até então regulados pelo Código Civil, instaurando uma nova ordem.

Configura-se, inevitável, em conseqüência, a inflexão da disciplina civilista (voltada anteriormente para a tutela dos valores patrimoniais) em obediência aos enunciados constitucionais, os quais não mais admitem a proteção da propriedade e da empresa como bens em si, mas somente enquanto destinados a efetivar valores existenciais, realizadores da justiça social. São exemplos marcantes dessa nova perspectiva os dispositivos constitucionais que abrem os capítulos do Título dedicado à ordem econômica e financeira. Assim, o art. 170, regulando os princípios gerais da atividade econômica, dispõe que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social¹⁰².

Desta forma, incumbe ao intérprete revisitar os conceitos da visão clássica do Direito Civil à luz da Constituição Federal, uma vez que não se pode mais admitir elevar a patrimonialidade acima da dignidade da pessoa humana¹⁰³.

O modelo clássico, portanto, desintegra-se. A preocupação do legislador com a proteção da propriedade cede diante da imperiosidade de se tutelar o sujeito. O Código Civil passa a ser visualizado a partir dos princípios e valores norteadores da Constituição Federal, mesmo porque no Brasil, com o advento de uma nova Carta Magna de 1988, não só o sujeito assumiu o centro do sistema (consolidando a proteção da dignidade humana como seu objetivo essencial), como também absorveu institutos até então regulados pela legislação extravagante, pelos códigos específicos. Dissemina-se, então, a idéia de “constitucionalização do direito civil”, gerando uma multiplicidade de produção acadêmica sobre a temática¹⁰⁴.

¹⁰¹ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões históricas-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 40.

¹⁰² TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 65, p. 28, 1993.

¹⁰³ “Inadmissível manter a interpretação do Código ou de qualquer norma de Direito Civil, concebendo a patrimonialidade (propriedade e contrato), acima da dignidade da pessoa humana e, mais, o interesse individual acima do interesse coletivo ou difuso, de modo a se ignorar a normatividade constitucional.” (ARONNE, Ricardo. **Propriedade e Domínio**..., p. 49).

¹⁰⁴ Dentre outros, ver: FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.).

Quanto a essa tendência, em que pese a existência de inúmeros trabalhos analisando-a de modo esmiuçado e pormenorizado, há que se destacar que não significa, tão-somente, substituir o centro gravitacional do sistema civil, isto é, retirar o Código Civil e inserir a Constituição Federal. Não é isso. Quando se fala em constitucionalização do direito civil, busca-se edificar um modelo aberto, pautado nos princípios fundamentais, norteadores da Constituição Federal, que, por sua vez, também funcionam como um filtro axiológico pelo qual se interpreta o direito civil, ocasionando, pois, outro modo de se visualizar nosso ordenamento jurídico, afetando destarte antigos paradigmas, como a dicotomia entre direito público e privado. Afinal, como bem sustenta Pedro Vais de Vasconcelos,

O Direito não tem de ser exclusivamente e exaustivamente público ou privado e dificilmente poderá sê-lo. Entre os dois pólos, público e privado, existe uma graduação, uma transição fluida, de regulações predominantemente públicas ou predominantemente privadas, em que os interesses público e privado se entrelaçam e se compatibilizam – ou têm de ser compatibilizados – porque coexistem sem se excluírem¹⁰⁵.

A constitucionalização do direito civil ora defendida, exige a compreensão do direito civil sob uma nova dimensão, isto é, um sistema aberto pautado nos princípios constitucionais de proteção dos direitos fundamentais, visualizando o Código Civil e demais legislações extravagantes não como modelos preconcebidos, contendo soluções previamente definidas, e sim, como instrumental aberto e dinâmico, em total consonância com os princípios e valores norteadores da Constituição Federal, destinado a contribuir para a realização das necessidades básicas que envolvem a concretização do princípio da dignidade humana. Por esse motivo há que se enfatizar que o novo Código Civil não é incompatível com o fenômeno de “constitucionalização do direito civil”. Ao contrário, auxilia no objetivo de inserção do sujeito na centralidade do sistema, o que também constitui tarefa da legislação extravagante. Logo, o advento do recente Código Civil brasileiro, também, não é incompatível com os microsistemas edificados no período envolvendo a vigência e revogação do antigo Código, (denominado “Código Bevilacqua”), que perdurou por mais de oitenta anos. Serve, ainda, para auxiliar a (re)organização da unidade do sistema, uma vez que a inflação legislativa consumada no Brasil nas últimas décadas, com o surgimento de diplomas conflitantes ou

Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 87-104; NALIN, Paulo. **Do Contrato:** conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001. p. 85-103.

¹⁰⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais. **Teoria Geral do Direito Civil.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 7.

mesmo casuístas, acabou prejudicando a concretização dos objetivos constitucionais (CF/88, art. 3º)¹⁰⁶. Nesse sentido o pensamento de Eduardo de Oliveira Leite:

A decantada e invocada alegação da criação de novos e inúmeros microssistemas em nada altera a validade e a oportunidade da codificação. E, ao contrário do que se poderia imaginar, é argumento que pode, perfeitamente, ser invocado, como legitimador de, ainda uma vez, se recorrer à codificação. No caso brasileiro, a inflação legislativa, em vários ângulos e setores atingiu níveis de insuportabilidade, porque criou fenômeno de “superposição normativa” que, além de gerar dúvidas, vinha criando (o que é bem mais grave) a proliferação de decisões gritantemente dicotômicas, em manifesta ilegitimidade e comprometimento dos ideais de justiça e equidade¹⁰⁷.

O Código Civil, portanto, organiza a unidade do sistema, sem, contudo, ofender, os princípios e valores constitucionais. Desenvolve, na verdade, uma função integrativa entre a Constituição Federal e a legislação extravagante. Não obstante, lembre-se que nossa tradição jurídica privilegia o sistema codificado, não obstante a superação do modelo fechado. Assim, não é pelo fato de que outros países (tidos como de 1º Mundo) não possuem codificação, como é o caso da *common law*, ou mesmo defendem a descodificação, como sucedeu na Itália na década de 70 do século passado, que o Brasil deva imitá-los. Ora, nossa sociedade, ainda possui sérias desigualdades sociais, culturais e econômicas. A superação do sistema codificado (caso venha a ficar comprovado que é indispensável), considerando-se que acarreta mudanças, dentre as quais, aumenta o papel do Juiz na criação do Direito, exige sérias reflexões e debates, inclusive conscientizando magistrados e integrantes do Ministério Público¹⁰⁸ de que seus atos possuem limitações e merecem a observância a princípios

¹⁰⁶ **CF/88, 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.”

¹⁰⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil...**, p. XVII.

¹⁰⁸ Quanto aos exageros de integrantes do Ministério Público, destaque-se trechos de artigo denominado “Ser Direito dá Cadeia”, de autoria do jornalista Élio Gaspari: “(...) No dia 2 de junho os esforços do procurador Mário Lúcio Avelar e da Polícia Federal resultaram no desencadeamento da Operação Curupira, (...). O maior peixe da rede, preso a pedido do procurador, chamou-se Antônio Carlos Hummel, diretor de Florestas do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente, o Ibama. Depois de ser tratado como foragido, Hummel se apresentou à Polícia Federal, em Brasília. Viajou algemado para Cuiabá. Aos 50 anos, esse engenheiro florestal com 23 de anos de serviço público, dois filhos, um apartamento de três quartos e dois carros Gol. (...) No dia 7, depois de passar quatro noites na cadeia, o engenheiro soube, pelo procurador, que seria solto (...) o procurador concluiu que ele não deveria sequer ter indiciado. Vai-se à internet e cadê a notícia de que Hummel foi desonerado e solto? Foi publicada aqui e ali, magra como um faquir (...) O sujeito trabalha a vida toda naquilo que gosta, servindo ao Estado na defesa do meio ambiente. Constrói uma reputação internacional e, de uma hora para outra, está em cana, com a vida triturada. (...). (GASPARI, Élio. Ser direito dá cadeia. **O Globo**. Rio de Janeiro, 22 jun. 2005)

fundamentais (ex: princípio da inocência, ampla defesa), sob pena de se instaurar um Estado Autoritário Judicial¹⁰⁹, conforme alertou Edson Vidigal, ainda quando exercia o cargo de Presidente do Superior Tribunal de Justiça:

Estamos vivendo um Estado Nazista. (...) É preciso que alguns agentes do MP procurem agir com mais cuidado nas requisições que fazem. E é necessário mais precaução por parte de alguns colegas da magistratura ao aferir essas requisições. É temerário simplesmente deferir todo e qualquer pedido sem determinar a sua motivação, sem ver se esses terão eficácia para a investigação. Infelizmente, no Brasil nós começamos tudo pelo fim. Interceptação telefônica e quebra de sigilo bancário são providências extraordinárias que a lei defere em último caso, como checagem da prova testemunhal ou material. Mas estamos observando uma ação muito abusiva com relação a isso.

Ainda com relação a essa preocupação, destaque-se acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual em sede de *habeas corpus* (embora por maioria, o que também exige reflexão) corrigiu decisão monocrática que obrigara o acusado a produzir prova contra si mesmo, em manifesta violação dos princípios constitucionais da ampla defesa, da inocência e de permanecer calado, dentre outros. O acórdão foi assim ementado:

Processual penal. Habeas corpus. Agravo. Cabimento. Determinação judicial de apresentação de documentos por parte do réu. princípio da não auto-incriminação. abrangência. direito ao silêncio e não-colaboração na instrução processual. Ônus probatório. Inversão indevida. Exercício de direito fundamental. Prejuízos ao titular. Impossibilidade. 1. (...) 2. O princípio da não auto-incriminação, consagrado na evolução histórica e combativa dos direitos individuais, força o Estado-acusador a desincumbir-se de seu ônus probatório, jamais se podendo exigir justamente do cidadão-acusado colaboração em sua própria condenação. 3. A não auto-incriminação garante não somente o silêncio, mas impede o exercício forçado de qualquer ato de colaboração na formação da culpa. 4. (...) 5. (...) 6. Do exercício de direito fundamental (não auto-incriminação) não pode decorrer prejuízo ao seu titular, tal como presunção de culpa, e muito menos sanções processuais ou de repressão criminosas. 7. (...) ¹¹⁰.

Com essa advertência não se quer reduzir o papel dos magistrados. Pelo contrário, busca-se destacar exageros de uma minoria, os quais – infelizmente – prejudicam não só toda a classe, como também a comunidade, cuja insegurança pode levar o legislador à edição de

¹⁰⁹ VIDIGAL, Edson. Entrevista. **IstoÉ**. São Paulo: Três, n. 1.864, p. 7 e ss., 06 jul. 2005.

¹¹⁰ PARANÁ. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – HC 2005.04.01.023325-6/PR – Rel. Des. Fed. Néfi Cordeiro – j. em 21.06.2005 – DJU 27.07.2005.

uma legislação retrógrada e reflexa do arcaico modelo fechado, por intermédio do qual o Juiz se limitava a identificar o texto de lei aplicável ao caso concreto.

Em que pese os paradoxos desse novo cenário, efetivamente, o atual Código Civil brasileiro contribui para a superação dos paradigmas tradicionais do modelo clássico do direito civil, tanto que consolida um modelo pautado em cláusulas gerais, as quais “não prescrevem uma certa conduta mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para aplicação das demais disposições normativas”¹¹¹.

O operador do direito assume o compromisso de compatibilizar o Código Civil brasileiro com os princípios e valores estabelecidos na Constituição Federal, o que exige, em consequência, a superação (quando não, a flexibilização) dos conceitos clássicos do Direito Civil.

2.2 Superação da Teoria Tradicional do Direito Civil

Os conceitos clássicos de família, contrato e propriedade deixaram de ser suficientes para resolver os conflitos da contemporaneidade. A resistência em modificar o modo de interpretar o ordenamento jurídico conduz a um descompasso entre os textos normativos e a realidade fática. O Direito Civil (e tampouco o Código Civil) não mais pode ser visualizado como um sistema fechado, que persegue a manutenção do *status quo*, conquistado pelo ideário racionalista-liberal¹¹². Ao contrário.

¹¹¹ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: _____. **A Parte Geral do Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. XIX.

¹¹² “Nos códigos civis típicos do século XIX, o ser humano, personificado como sujeito de direito, titular de direitos virtuais, abstratos, no gozo de sua capacidade de fato e autonomia de vontade tem a capacidade de se obrigar. No entanto, considerando-se o modelo de produção capitalista vigente, o exercício de direitos ficou vinculado à apropriação de bens, restando, à maioria da população, como direito único, o de obrigar-se, vendendo sua força de trabalho (...) Como não poderia deixar de ser, no Brasil esta incoerência, não assumida pela codificação, contribuiu para as desigualdades e exclusão social da porção mais considerável do povo.” (RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado..., p. 5-6)

Não se pode mais falar em casamento como o único modo de constituição da família¹¹³ e, tampouco, que o contrato sempre faz lei entre as partes, sem prejuízo de outros exemplos. Em suma, “o patrimônio e a propriedade deixam de ser o centro gravitacional do Direito das Obrigações e do Direito das Coisas. Seu lugar ocupa o ser humano, enquanto pessoa, com direito à dignidade, à promoção cultural, social e econômica. Fala-se, pois, em função social do contrato, da propriedade. Fala-se em despatrimonialização do Direito Privado, principalmente do Direito das Obrigações”¹¹⁴.

Impõe-se a busca de novas formas de visualizar e interpretar os institutos clássicos do direito civil, sob pena de não solucionar os problemas atuais levados ao Judiciário, ocasionando, pois, uma insatisfação geral na sociedade.

Infelizmente, porém, essa ruptura epistemológica¹¹⁵ não se dá em linha reta e sem controvérsias e retrocessos. Ao contrário, gera incertezas e profundos debates, máxime quando se promulga um novo Código Civil. Parcela enorme da doutrina nacional defendia a rejeição¹¹⁶. Luiz Edson Fachin chegou a elaborar parecer, encaminhado ao deputado Gustavo Fruet, no qual concluía pela inconstitucionalidade do projeto do Código Civil, sob o argumento, em síntese, de que “o advento da Constituição de 1988, ao impor ao Direito a valorização da pessoa humana, sobrepondo-se ao patrimônio, tornou inconstitucional o Projeto do Código Civil, ora em trâmite perante a Câmara Federal”.

Outra corrente, capitaneada por Miguel Reale, dizia que um novo Código Civil era indispensável em razão das mudanças e evoluções consumadas, na sociedade brasileira. Diziam mais: “Pena é que algumas dessas críticas que são verdadeiras, corretas, não tenham sido feitas antes, tendo em vista aquele nosso vício de, quando chamados a colaborar não colaboramos, e depois quando se vê sair o trabalhado elaborado, todos nós nos tornamos

¹¹³ A respeito da nova concepção de família a partir do advento da CF/88, ver: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

¹¹⁴ FIÚZA, César. Crise e Interpretação no Direito Civil. Da escola da exegese às teorias da argumentação. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima. **Direito Civil**: atualidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 28.

¹¹⁵ Segundo o Dicionário Aurélio, epistemologia significa o “estudo crítico dos princípios, hipóteses e resultados das ciências já constituídas”. (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI**: O minidicionário da língua portuguesa. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000. p. 275)

¹¹⁶ Cite-se, dentre outras, a reflexão crítica de Luiz Edson Fachin: “Oitenta e cinco anos depois do Código de 1916, a Lei n.10.406, de 10 de janeiro de 2002, reedita, com atualizações e mudanças, o paradigma insular da codificação privada. Serve à *la carte*, no embarque rumo ao século XXI uma estada que abriga o porvindouro no pretérito. Relança o modelo da unidade monológica sobre a estrutura de 1916 e compila, sob as vestes de um projeto moderno, premissas que iluminam o modelo passado”. (FACHIN, Luiz Edson. Transformações do Direito Contemporâneo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 41-42)

críticos, nos transformamos em milhares de civilistas pelo Brasil afora, como somos todos técnicos de futebol, quando se trata da seleção brasileira”¹¹⁷.

O fato é que o novo Código Civil foi promulgado em 10 de janeiro de 2002 (Lei 10.406). O debate, porém, persistiu. Gustavo Tepedino escreveu que

o novo Código nasce velho principalmente por não levar em conta a história constitucional brasileira e a corajosa experiência jurisprudencial, que protegem a personalidade humana mais do que a propriedade, o ser mais do que o ter, os valores existenciais mais do que os patrimoniais. E é demagógico porque, engenheiro de obras feitas, pretende consagrar direitos que, na verdade, estão tutelados em nossa cultura jurídica pelo menos desde o pacto político de outubro de 1998¹¹⁸.

Eduardo Oliveira Leite, por sua vez, registrou que

o novo Código não nasceu velho, mas de acordo com a evolução da sociedade brasileira respondendo tranqüilamente às necessidades coletivas; resposta que, certamente, não é perfeita, mas representa, como bem afirmou Reale, uma nova sistematização das normas reguladoras de fenômenos e relações que mudaram e estão em transformação. Nada mais que isso. De nada adiantaram as posições extremadas que, em gritaria, ora contida, ora exaltada, se agigantou contra a nova codificação, porque ela é uma exigência decorrente da natureza humana; porque a codificação responde a uma necessidade de coerência e unidade que nenhuma sociedade civilizada pode prescindir¹¹⁹.

Portanto, se, de um lado, é fato a impotência dos conceitos clássicos de família, contrato e propriedade para a solução dos problemas da contemporaneidade, de outro, a vigência do novo Código Civil está consumada. Não adiantam mais reclamações¹²⁰, mesmo porque o Código Civil brasileiro será o equivalente ao que vier a ser interpretado pela

¹¹⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos. Entrevista. *Jornal do Advogado – OAB/MG*, jun. 1998. Transcrita em *Ciência Jurídica*, v. 5, n. 46, p. 5-8, jul. 1998.

¹¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. *A Constitucionalização do Direito Civil...*, p. 128.

¹¹⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito das sucessões no novo Código Civil. *Tuiuti – Ciência e Cultura*. Curitiba: UTP, n. 30, p. 28, maio 2002.

¹²⁰ O próprio Gustavo Tepedino que sempre se posicionou em sentido contrário à aprovação desse novo Diploma, com seu advento escreveu que “com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, debruça-se a doutrina na tarefa de construção de novos modelos interpretativos. Abandona-se, deliberadamente, o discurso hostil dos que, justamente, entreviam a incompatibilidade axiológica entre o texto codificado e a ordem pública constitucional. Afinal, o momento é de construção interpretativa e é preciso retirar do elemento normativo todas as suas potencialidades, compatibilizando-o, a todo custo à Constituição da República.” (TEPEDINO, Gustavo. *A Parte Geral do Novo Código Civil...*, p. xv)

doutrina (ainda que não possua o poder de obrigar)¹²¹ e, em conseqüência, decidido pelos Tribunais. É para tanto, indispensável romper os conceitos clássicos do Direito Civil, estabelecendo, destarte, novos paradigmas, sob pena de não resolver os problemas dessa sociedade contemporânea, denominada por muitos, como “era das incertezas”¹²², quando não, “era dos extremos”, para aqueles que sustentam que o futuro não deve ser uma simples continuação do passado¹²³.

Antes, porém, há que se esclarecer que a compreensão de paradigma¹²⁴ aqui adotada caracteriza-se pela visão de determinada sociedade, em certo período e contexto, sobre certo assunto, objeto ou mesmo instituto de modo tendencial e, *quicá* até homogêneo¹²⁵.

A própria codificação se constitui um paradigma, conforme explica Ricardo Luis Lorenzetti:

A própria ordem codificada estatal constitui um paradigma, um modelo dentro do qual atua a dogmática. Os paradigmas vêm sendo depurados mediante operações de simplificação, que realizam os juristas, até torná-los específicos. Há, contudo, um momento em que permanecem mudos frente a novos questionamentos; é o momento em que se produz a mudança. Toda comunidade possui paradigmas de Direito, que tornam possível uma forma de argumento comum, facilitam e beneficiam os debates interpretativos¹²⁶.

¹²¹ Afinal, como bem sustenta Miguel Reale, a doutrina não é fonte do direito, uma vez que, “por maior que seja a força cultural de seus expositores, não dispõem *de per si* do *poder de obrigar*. É a razão pela qual (...) a doutrina não gera *modelos jurídicos*, propriamente ditos, que são sempre prescritivos, mas sim, *modelos dogmáticos ou hermenêuticos*, o que em nada lhe diminui a relevância, pois ela desempenha freqüentemente uma posição de vanguarda esclarecendo a significação dos modelos jurídicos através do tempo, ou exigindo novas formas de realização do Direito graças à edição de modelos jurídicos correspondente aos fatos e valores supervenientes”. (REALE, Miguel. **Fontes e Modelos do Direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 12)

¹²² Sobre o Direito Civil na era das incertezas, ver: MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à Pessoa Humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 59-75.

¹²³ Nesse particular, interessante destacar o estudo sobre o século XX, realizado pelo historiador HOBBSBAWN, Eric. **Era dos Extremos**: o breve século XX: 1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 562)

¹²⁴ No sentido literal, isto é, de acordo com o Dicionário Aurélio, paradigma “significa modelo, padrão”. (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Op. cit.*, p. 513)

¹²⁵ “O conceito de paradigma vem da filosofia da ciência de Thomas Kuhn. Tal noção apresenta um duplo aspecto. Por um lado, possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica mediante rupturas, através da tematização e explicitação dos aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões do mundo, consubstanciados no pano de fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais, que a um só tempo tornam possível a linguagem, a comunicação, e limitam ou condicionam o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo. Por outro, também padece de óbvias simplificações, que só são válidas à medida que permitem que se apresentem essas grandes seletivas gerais pressupostas nas visões de mundo prevalentes e tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades por certos períodos de tempo e em contextos determinados.” (KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1994. p. 218-232)

¹²⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado...**, p. 84.

Não se quer aqui, contudo, debater a polêmica sobre a codificação ou descodificação, idéia essa acolhida por parcela da doutrina nacional a partir dos ensinamentos de Natalino Irti, que, por sua vez, já tratou de revisar essa idéia¹²⁷. Não é o desafio dessa investigação, mesmo porque a codificação no sistema brasileiro é fato, tanto que entrou em vigor um novo Código Civil, sem prejuízo da informação de Nelson Rosenvald, que, na defesa do sistema codificado, relata que “após a Segunda Guerra foram criados mais de 47 novos Códigos Civis. Há um projeto de Código Civil Europeu em gestação, sob a égide da Declaração Universal dos Direitos Humanos”¹²⁸. Ademais, analisando não só o cenário italiano, como também o europeu, comunitário, Salvatore Patti registra que “não se pode falar somente de “descodificação” e de “fuga do código” mas que existe uma tendência diversa e por certo versa de sentido oposto, isto é, adequar o código ao tempo em modo sistemático, mediante reelaboração e reforma”¹²⁹.

Ao operador do direito, destarte, incumbe estabelecer o modo adequado de interpretar o Código Civil¹³⁰. Isso é que interessa. E para tanto, conforme já dito, há que se superar os conceitos clássicos, desenvolvendo-se novos paradigmas. Resta saber, então, quais são esses novos paradigmas.

2.3 Novos Paradigmas do Direito Civil Contemporâneo

O Direito Civil não pode mais servir de instrumental para proteger a propriedade e, por conseguinte, um segmento da sociedade, denominado por ocasião da Revolução Francesa de “burguesia”, cuja ética desenvolvida corresponde ao liberalismo.

O liberalismo surgiu, portanto, como a ideologia de estratos médios ascendentes, ainda em competição com o sistema feudal. (...) Era seu

¹²⁷ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e a Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 159, Coleção Prof. Agostinho Alvim.

¹²⁸ *Idem*, p. 194.

¹²⁹ PATTI, Salvatore. **Codificazione ed Evoluzione del Diritto Privado**. Roma-Barti: GLF Editori Laterza, 1999. p. 49. Tradução livre.

¹³⁰ “Os códigos geralmente não surgem muito bons, mas, pouco a pouco, com o trabalho da doutrina e da jurisprudência, vai-se lendo o que neles não está escrito, deixando-se de ler, muitas vezes, o que nele está e, no final de certo tempo, por força da sua utilização, da comutação dessas lacunas, da eliminação de certos princípios da sua literalidade, o código vai melhorando e, no final de certo tempo, já se considera que é um bom código.” (LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**: parte geral (art. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 05-06)

objetivo reorganizar a economia, introduzir novos métodos, fazer valer o mercado e investir capital em fábricas e máquinas. Em linhas gerais, o liberalismo revela, a partir do século XIX, registro importante em termos de reconhecimento dos direitos civis, políticos e econômicos. Enfraqueceu a posição da aristocracia, da Igreja secular e dos conservadores¹³¹.

Na verdade, com a revolução francesa e, por conseguinte queda da monarquia e ascensão da burguesia ao poder, era indispensável a existência de um instrumental que dificultasse a intervenção do Estado nas relações negociais, isto é, a propriedade privada¹³². Surgem, pois, dogmas como: o “contrato faz lei entre as partes”; “a propriedade é um direito absoluto, exclusivo e perpétuo”, ou seja: o ordenamento jurídico preocupa-se em proteger essencialmente o sujeito proprietário.

O instrumental jurídico, portanto, enfatizava a proteção da propriedade e, por via de consequência, os direitos absolutos do seu titular em relação a sua exploração e utilização. Os interesses dos indivíduos giravam na ótica da propriedade. A propriedade é positivada no Código Civil Francês (Código de Napoleão) dentro da concepção liberal, isto é, um direito absoluto, perpétuo e vitalício. O sujeito não proprietário, em consequência, era praticamente desprovido de tutela¹³³, ou seja, na ótica do sistema clássico de direito privado – originário do pensamento iluminista que impregnou e acompanhou a Revolução Francesa – as relações jurídicas eram examinadas pela noção de patrimônio em detrimento da dignidade do sujeito.

Ainda que possa parecer paradoxal, esse sujeito proprietário que anteriormente se insurgiu contra os abusos do Estado, passa a promover outras espécies de abuso, como “onerosidade dos contratos”, “jornada de trabalho excessiva, sem a correspondente

¹³¹ COURI, Sérgio. **Liberalismo e Societalismo**. Brasília: UnB, 2001. p. 21-22.

¹³² “A motivação ideológica do projeto codificador do período oitocentista era a manutenção do *status quo*, alcançado pela classe burguesa que perseguia, dentre outros fins, o resguardo dos direitos individuais conquistados na Revolução de 1789 perante o Estado. Os códigos civis, frutos desse processo, serviram e servem de escudo do indivíduo, dos valores pessoais e bens jurídicos relevantes da época (v.g. propriedade privada, liberdade de casamento, liberdade contratual e direito sucessório) nas suas relações com o Estado. Enfim, a motivação ideológica era a preservação do “*mundo da segurança*”. Segurança jurídica que se identificava com regras destinadas ao perpétuo, assentadas num plexo de procedimentos e formalidades. As formas, neste prisma, representam a segurança ao cidadão, indissociável da ordem jurídica.” (NALIN, Paulo. *Op. cit.*, p. 72-73)

¹³³ “O liberalismo pressupõe o indivíduo como ponto de partida. (...) A construção individual da <vontade geral> (a ascensão ao interesse <nacional>) exige cidadãos esclarecidos (ilustrados), que tenham tempo para se cultivarem e que não vejam a realidade distorcida por necessidades (materiais) que corrompem. Daí que se reservasse o direito de voto e o de ser eleito aos proprietários, a uma nova aristocracia, absolvida de interesses, rica porque diligente e (ou) abençoada (<*beati possidentes*>), e que constituía a <nação ativa>. A *propriedade* tornava-se, assim, mais que o conteúdo de um direito fundamental, uma condição objectiva (uma garantia) de liberdade – constituindo e distribuindo o poder de escolha (de compra) – e, simultaneamente, de felicidade – permitindo o equilíbrio óptimo das preferências sob o signo da verdade racional da lei.” (ANDRADE, José Carlos Vieira. *Op. cit.*, p. 43-45.

remuneração e preocupação com o estado de saúde do indivíduo”, “depreciação descontrolada do meio ambiente”, buscando o seguinte resultado: acúmulo de capital.

O progresso econômico da burguesia gera indignação de alguns setores da sociedade. Surgem novas idéias, como o socialismo¹³⁴. Assim, “lenta e gradualmente, alteram-se os contornos das idéias individualistas. Solidifica-se a idéia de que o Estado não pode deixar de atender às demandas de satisfação das necessidades dos cidadãos. Os problemas sociais – gravíssimos – sem solução por parte dos particulares, obrigam a um novo direcionamento dos deveres do Estado, muito além da missão de garantir uma ordem jurídica para o exercício de direitos”¹³⁵. O próprio modelo do liberalismo, diante de sua incapacidade de solucionar as novas tensões sociais, flexibilizou o direito de propriedade diante de novos direitos sociais, embora com o objetivo único de se auto-preservar. Contudo, “assim como a ética liberal sofreu metamorfose que a afastou do altruísmo e a levou em direção ao individualismo, a ética socialista sofreu outra que a afastou da descentralização política econômica e a levou a uma crescente oligarquização do poder”¹³⁶.

Em verdade, não se pode olvidar que o fato histórico envolvendo a queda do muro de Berlim representou a derrota do sistema político pautado nas idéias comunistas, isto é, o Estado Social amplo e controlador da economia. Na verdade, refletiu o sepultamento de quase todos os governos pautados nessa ideologia, encerrando, pois, determinado ciclo histórico, o que, no entanto, não afasta eventuais repercussões nos ciclos futuros ou mesmo em andamento, em que pese o surgimento de novas tensões e desafios, como bem enfatiza Octavio Ianni:

¹³⁴ “A industrialização e o progresso técnico desenraizaram os homens de suas terras, amontoaram-nos nas cidades (...) Revelam-se as diferenças mal escondidas e, com a divisão do trabalho, os interesses multiplicam-se ainda mais entre si, uns contra os outros, procurando melhor posição num mundo social sem lugares marcados e em movimento contínuo. À harmonia liberal sucede uma luta de preferências diversas, onde certas contraposições se manifestam com tal intensidade que algumas doutrinas e teorias descobrem na sociedade antagonismos radicais e historicamente determinantes. (...) Nesta sociedade dividida e conflitual, os indivíduos, que já nada podem sozinhos, limitados pelos grupos em que participam, ameaçados pelos restantes, têm, também eles, de confiar no Estado e de através dele procurar reaver a sua liberdade concreta. Revoltados contra a ordem injusta que a abstenção do Estado liberal tinha consentido, os mais desfavorecidos organizam-se e pretendem o domínio do poder político ou, pelo menos, reivindicam dos poderes públicos uma intervenção efectiva para transformação das estruturas sociais. (...) A interdependência e a solidariedade, o intervencionismo e a socialização vão, como é natural, alterar profundamente o sistema dos direitos fundamentais – trazendo novas concepções, outros pontos de partida e um equilíbrio diferente.” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 49)

¹³⁵ TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A Função Social no Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 89.

¹³⁶ COURI, Sérgio. *Op. cit.*, p. 150.

Em 1989 parece haver terminado a guerra civil internacional iniciada em 1917. A queda do Muro de Berlim simboliza o fim de um ciclo de lutas de classes, em escala mundial, iniciado emblematicamente com a Revolução Soviética. (...) Não chegou ainda o fim da história, como imaginam alguns ideólogos da liberal-democracia e da social-democracia. (...) Talvez se devesse dizer que terminou um ciclo particularmente importante de lutas de classes, em escala nacional e internacional. Mas não terminaram as desigualdades, tensões e contradições que estavam e continuam a estar na base da vida das nações e continentes. Esse pode ser apenas um ponto de inflexão histórica, assinalando o fim de um ciclo e o começo de outro. O ciclo que termina está parcialmente conhecido. O que se inicia pode ser imaginado. Mas seria ilusório pensar que o passado recente não alimenta o presente, sugerindo outro futuro¹³⁷.

O destaque desse fato histórico tem por objetivo demonstrar que o esfacelamento dos regimes políticos pautados no ideário comunista ou mesmo no socialista autoritário, não afetou (ou mesmo propiciou uma regressão) as idéias socialistas inseridas e ampliadas nos sistemas jurídicos ocidentais, desde as Constituições do México (1917) e Weimar (1919). Em outras palavras, ainda que os movimentos socialistas não tenham alcançado o êxito almejado na seara político-governamental, inexoravelmente, propiciaram grandes avanços em diversos ordenamentos jurídicos dos países continentais, como o intuito de concretizar a noção de pessoa, como sujeito real de direitos, na construção de sociedade mais solidária. Tanto isso é verdade, que a maioria das Constituições dos países ocidentais erigiram a direitos e garantias fundamentais não só o direito de propriedade, como também a obrigatoriedade de a propriedade atender a sua função social. Na Constituição brasileira esses direitos e deveres básicos encontram-se fundamentados no art. 5º, XXII e XXIII¹³⁸, dentre outros, como a irredutibilidade dos salários (art. 6º, VI), salário mínimo (art. 6º, IV e VII), seguro-desemprego (art. 6º, II) etc.

Atualmente, porém, essas conquistas, embora auxiliem, por si sós, não são suficientes para resolver as tensões e desafios da sociedade. Afinal, já se defende não só uma “quarta dimensão” dos direitos, isto é, direitos específicos com vinculação direta com a vida humana, envolvendo, portanto, a biotecnologia, a bioética e a regulamentação da engenharia genética¹³⁹, como também, em uma “quinta dimensão”, atinente aos “direitos advindos das

¹³⁷ IANNI, Octavio. **A Sociedade Global**. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 29-31.

¹³⁸ **CF/88, art. 5º, XXII**: “é garantido o direito de propriedade”; **CF/88, art. 5º, XXIII**: “a propriedade atenderá a sua função social;”.

¹³⁹ “São os “novos” direitos referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética. Trata dos direitos específicos que têm vinculação direta com a vida humana, como a reprodução humana assistida (inseminação artificial), aborto, eutanásia, cirurgias intra-uterinas, transplantes de órgãos, engenharia genética (“clonagem”), contracepção e outros”. (WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: _____; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os “Novos”**

tecnologias de informação (internet), do ciberespaço e da realidade virtual em geral”¹⁴⁰. Essa evolução, no entanto, não implica a substituição dos direitos defendidos e enfatizados nas denominadas “dimensões” anteriores e, sim, a ratificação e coexistência com os “novos” direitos. Aqueles direitos, portanto, sobrevivem.

Indispensável, pois, a necessidade de se repensar o exame e o estudo do Direito Civil, buscando novos elementos que auxiliem na concretização de uma sociedade mais justa e igualitária. Não se trata de abandonar os pilares clássicos do Direito Civil, como o contrato, a propriedade e a família. Não é isso. Trata-se de aplicá-los com o intuito de auxiliarem toda a coletividade.

Essa postura, no entanto, exige que se afaste qualquer compreensão do Direito Civil como uma construção jurídica, imposta e acabada, materializada no texto de lei. O Direito Civil, na verdade, deve ser examinado como um conjunto de princípios em constante construção e evolução, uma vez que é tão antigo quanto o homem¹⁴¹, devendo, portanto, acompanhar seu desenvolvimento, sob pena de não se conseguir resolver os litígios derivados da contemporaneidade. Embora destinada à reforma do direito civil português, a posição ora adotada se coaduna com o relatório preliminar dos professores integrantes da Seção de Ciências Jurídico-Civilísticas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra:

As leis civis devem ser mais criadas pela sociedade do que feitas pelo poder político. Devem reflectir muito proximamente a sociedade num certo momento, resultado de um passado que se projecta nele o continua no futuro. (...) o Código Civil brasileiro demorou quase um século a ser objecto de uma revisão profunda. Uma revisão do Código Civil não pode ser o produto de uma simples vontade política, mas de um diálogo com a sociedade. Este diálogo é mantido, constantemente, através da doutrina e da jurisprudência que vão preenchendo conceitos e desenvolvendo e alterando esse preenchimento através da aplicação constante do Código à realidade na solução de casos. É assim que evolui e se vai actualizando a lei civil, evolução e actualização facilitadas pelo facto de a técnica jurídica

Direitos no Brasil: natureza e perspectiva: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 12)

¹⁴⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. *Op. cit.*, p. 15.

¹⁴¹ “Por ser o *direito das gentes*, no sentido de que é o direito que rege a vida do homem comum e suas relações jurídicas cotidianas, desde o seu nascimento até a sua morte – e, em alguns casos, mesmo após ela –, o Direito Civil é, por assim dizer, tão antigo quanto o homem e a consciência de cada indivíduo a respeito da necessidade e urgência de interagir com o seu próximo. A trajetória desta ciência, então, é desenhada historicamente e se caracteriza por uma evolução contínua, o que admite que se diga, do Direito Civil, que ele está em constante movimento, em operosa dinâmica, e atento sempre às contínuas necessidade de transformação da vida dos homens, tudo para o efeito de melhor adequação à realidade, em cada um de seus múltiplos e incessantes estágios.” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Tendências do direito civil no século XXI*. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). **Direito Civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 94)

romanística continental levar à criação de conceitos gerais que permitem uma evolução sem pôr em causa os textos da lei. A lei civil é o produto do adensar e do modificar constante de relações entre sujeitos (“cives”) livres e iguais¹⁴².

Em assim sendo, é de se indagar: Mas quais são esses novos paradigmas do direito civil? Ao meu modo de ver, derivam de um direito civil extrapatrimonial, ou, na feliz expressão de Eroulths Cortiano Junior, “para além das coisas”¹⁴³. Não se quer aqui deixar de tutelar a proteção da propriedade. Não é isso, mesmo porque entendimento diverso seria meramente utópico e caótico. O que se pretende é que a propriedade auxilie a dignidade da pessoa humana. Em suma: “vale e tem importância, ainda e cada vez mais, a proteção do patrimônio, mas esta proteção agora é legitimada naquilo que o patrimônio tem de imprescindível como meio de realização do dever da pessoa humana enquanto ser dotado de dignidade”¹⁴⁴. Dentro dessa travessia, em Portugal, especificamente na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Paulo Otero defende uma disciplina autónoma, específica e integralmente dedicada ao estudo do “Direito da Vida”, cujo relatório sobre o programa, contendo conteúdos e métodos de ensino já foi submetido à apreciação da comunidade jurídica¹⁴⁵.

Ouso dizer, pois, que dentre os novos paradigmas também se insere a solidariedade, erigida – aliás – a mandamento constitucional¹⁴⁶, conforme dispõe o art. 3º, I, da Constituição Federal¹⁴⁷. Fábio Konder Comparato, além do mais, entende que “é o princípio da solidariedade que constitui o fecho de abóbada de todo o sistema de direitos humanos”¹⁴⁸,

¹⁴² Relatório Preliminar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. In: **Reforma do Direito Civil – Relatórios Preliminares elaborados ao abrigo do Protocolo celebrado entre o Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça e as Faculdades de Direito da Universidade de Coimbra, da Universidade de Lisboa, da Universidade Católica Portuguesa e da Universidade Nova de Lisboa**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 25.

¹⁴³ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Para além das coisas (Breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo). In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹⁴⁴ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Para além das coisas..., p. 15.

¹⁴⁵ OTERO, Paulo. **Direito da Vida** – Relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino. Coimbra: Almedina, 2004.

¹⁴⁶ “A expressa referência à solidariedade feita pelo legislador constituinte, estabelece em nosso ordenamento um princípio jurídico inovador, a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução de políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação e aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, por todos os membros da sociedade.” (MORAES, Maria Celina Bodin. *Op. cit.*, p. 111)

¹⁴⁷ **CF/88, art. 3º**: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;”

¹⁴⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 335.

tanto que, por seu intermédio, “passaram a ser reconhecidos como direitos humanos os chamados direitos sociais, que se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente”¹⁴⁹.

O princípio da solidariedade, na verdade, não só origina a idéia de um *direito de solidariedade*¹⁵⁰, como também sistematiza a idéia de direito social e, por conseguinte, a função social da propriedade¹⁵¹ ou mesmo do princípio da socialidade, o qual, na opinião de Jorge Reis Novais, constitui-se no princípio constitucional estruturante da República Portuguesa, e, em termos práticos, “acaba por ficar dependente da relevância jurídica que se deva atribuir aos direitos econômicos, sociais e culturais enquanto direitos fundamentais constitucionalmente consagrados”¹⁵². Natalino Irti, por sua vez, eleva os deveres de solidariedade como critérios conformadores da liberdade de iniciativa econômica¹⁵³.

O paradigma da solidariedade, ademais, orienta a necessidade de se enfatizar a proteção de novos direitos, como o direito constitucional à velhice, mesmo porque a garantia à cidadania e a dignidade devem ser perseguidas e asseguradas durante toda a existência do ser humano¹⁵⁴. Redunda, outrossim, na renovação dos direitos da criança e do adolescente, das mulheres, dentre outros.

Em assim sendo, a construção de novos paradigmas voltados à idéia de concretização da dignidade da pessoa humana, isto é, privilegiar o *ser*, e não, o *ter*, exige que a comunidade jurídica dispense especial relevância jurídica ao princípio constitucional da solidariedade, mesmo porque não é incompatível com a autonomia patrimonial e a busca do lucro. Ao contrário, incentiva o desenvolvimento das atividades econômicas na busca do bem-estar coletivo. Logo, “é possível, sim, compatibilizar a autonomia patrimonial e o solidarismo

¹⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos...**, p. 62.

¹⁵⁰ Sobre o tema, ver: FARIAS, José Fernando de Castro. **A Origem do Direito de Solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

¹⁵¹ “É também com fundamento na solidariedade que, em vários sistemas jurídicos contemporâneos, consagra-se o dever fundamental de se dar à propriedade privada uma função social.” (COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos...**, p. 63)

¹⁵² NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 292.

¹⁵³ IRTI, Natalino. **L'ordine Giuridico del Mercato**. 4. ed. Roma-Bari: GLF Editori Laterza, 2003. p. 114-118.

¹⁵⁴ Sobre a proteção constitucional à pessoa idosa, ver, dentre outros: RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Direito à velhice: a proteção constitucional da pessoa idosa. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. **Os “Novos” Direitos no Brasil – Natureza e Perspectiva: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 131-151.

constitucional. Não é outro o sentido do art. 170 da Constituição Federal, senão o que limita a atuação do ente coletivo à realização dos interesses sociais”¹⁵⁵.

Em síntese, o princípio constitucional da solidariedade constitui instrumental essencial para propiciar sucesso da caminhada ora defendida, mas também porque consagra a função social do exercício da propriedade, propiciando, assim, vislumbrar com um maior otimismo a idéia de “*despatrimonialização do direito civil*”.

2.4 A Caminho da “Despatrimonialização” do Direito Civil

A despatrimonialização do direito - aqui defendida - é sustentada já como um dado concreto e não, como mero prognóstico ou mesmo exercício de futurologia, mesmo porque não é a intenção desse estudo fazer projeções futuras e sim, enfatizar tendências extraídas de nossa realidade, o que é bem diverso. E, também, pelo fato que a idéia ora defendida utiliza como sustentação os fundamentos da República Federativa do Brasil previstos na Constituição Federal, que, por sua vez, não deve ser tratada como mera proposta e sim, como dado concreto com efeitos imediatos. Consubstancia, pois, a superação do sistema patrimonialista e individualista, característico do Código Civil de 1916, em favor de uma racionalidade pautada na dignidade da pessoa humana, instaurada a partir da Carta Magna de 1988, repita-se.

A propriedade, outrossim, não mais se exaure em um direito absoluto, perpétuo e exclusivo. Ao contrário, deve observar uma função social, harmonizando os interesses do seu titular com o interesse da coletividade, daí por que “hodiernamente, não se fala em uma propriedade única, mas sim em vários tipos de propriedade”¹⁵⁶, sendo que “cada uma dessas propriedades possui uma disciplina jurídica própria (Leis das S/As, CDC, Estatuto da Cidade). Entretanto, todas devem ser analisadas sobre o prisma constitucional”¹⁵⁷ e, em consequência, devem cumprir com sua função social. Tanto que o Código Civil, ao tratar do direito de

¹⁵⁵ SOUSA, Sueli Baptista de. *Op. cit.*, p. 207.

¹⁵⁶ CARVALHO, Eusébio. Direito à Propriedade – Do Discurso à Realidade. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, v. 4, n. 24, p. 18, jul./ago. 2003.

¹⁵⁷ CARVALHO, Eusébio. *Op. cit.*, p. 18.

propriedade, por intermédio do seu art. 1.228¹⁵⁸, destaca a necessidade de se observar sua função social, o que não era observado pelo Código Bevilacqua¹⁵⁹.

Lógico que a propriedade suscita inúmeras divergências e teorias, cujo exame exige um estudo específico¹⁶⁰. Contudo, por força de imposição constitucional, a propriedade deve atender a sua função social. Do mesmo modo, nosso ordenamento jurídico deve gravitar na proteção concreta da dignidade da pessoa humana, conforme já abordado, sem prejuízo do que será retomado na seqüência.

A proteção à propriedade, todavia, desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, foi erigida a uma perspectiva universal, uma vez que o art. 17 desta, dispõe que “1. Toda pessoa, individual ou coletivamente, tem direito à propriedade. 2. Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua propriedade”. Mario Barata, aliás, a partir da análise do Direito Interno português e o Direito Comunitário Europeu defende que “não há direito à propriedade privada apenas para os nacionais de um determinado Estado. A não discriminação relativamente a estrangeiros faz parte hoje de um *standard* mínimo internacional”¹⁶¹. E acrescenta, porém, que “todas as ordens jurídicas admitem que o direito à propriedade pode ser restringido por razões que se prendem com a função social da propriedade”¹⁶².

Não se deve, portanto, desconsiderar a tutela do patrimônio. Contudo, há que se privilegiar a concretização de um patrimônio mínimo¹⁶³ a todos os cidadãos, independentemente de raça, cor ou sexo. Em outras palavras, assegurar a todos os sujeitos indistintamente uma

¹⁵⁸ **CC/2002, art. 1.228:** “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. (...) § 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público ou iminente.”

¹⁵⁹ Afinal, o art. 524 do CC/1916 limitava-se a preconizar que “a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”. Nada mais.

¹⁶⁰ Sobre o direito de propriedade, dentre outros, consultar: MALUF, Carlos Alberto Debus. **Limitações ao Direito de Propriedade:** de acordo com o novo Código Civil e com o Estatuto da Cidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005; TEIZEN JUNIOR, Augusto Geraldo. **A Função Social no Código Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; MARTINS, Rodrigo Baptista. **A Propriedade e a Ética do Capitalismo:** uma teoria sobre os fundamentos do direito à propriedade e uma teoria sobre as origens do capitalismo. Rio de Janeiro: Forense, 1999; CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002; COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira. **A Constitucionalização do Direito de Propriedade Privada.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

¹⁶¹ BARATA, Mário. Direito à propriedade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Org.). **Direitos Humanos, Estrangeiros, Comunidades Migrantes e Minorias.** Oeiras (PT): Celta, 2000. p. 198.

¹⁶² BARATA, Mário. *Ob. cit.*, p. 199.

¹⁶³ Sobre o patrimônio mínimo, dentre outros, ver FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

vida digna, pelo menos no que diz respeito às necessidades vitais, como: moradia, alimentação, educação, segurança e saúde.

Inexorável, pois, a despatrimonialização do direito civil. Caso contrário, como se pode defender a dignidade da pessoa humana? Essa necessidade, portanto, exige a humanização do direito civil, enfatizando a proteção da pessoa, como sujeito real de direitos, dentro de uma sociedade voltada à redução das desigualdades.

A despatrimonialização do direito civil¹⁶⁴, na ótica de Cortiano Junior,

refere-se a uma escolha, operada pelo ordenamento, que reflete na tendência normativo-cultural de dar maior prevalência aos valores existenciais em face dos valores patrimoniais. A despatrimonialização do direito constitui a subordinação teleológica das instituições e valores patrimoniais aos valores pessoais, e não a sua expulsão para fora do Direito Civil; aqueles são instrumentos para o desenvolvimento integral da pessoa. Entre o *ser* e o *ter*, prevalece o *ser*¹⁶⁵.

Em outras palavras, implica a prevalência da pessoa sobre os valores patrimoniais, o que exige uma reconstrução do sistema segundo as necessidades essenciais da ser humano, sem olvidar, no entanto, que

o personalismo não deve confundir-se com o egoísmo e o Direito não pode ignorar a sociedade. Além dos interesses singulares, há também um interesse comum que o Direito não pode deixar de prosseguir e que prossegue efectivamente. (...) Centra a realidade humana mais sobre a sociedade, a

¹⁶⁴ De acordo com Pietro Perlingieri, “com o termo, certamente não elegante, “despatrimonialização”, individua-se uma tendência normativo-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre o personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores). Com isso não se projeta a expulsão e a “redução” quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, com aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. A divergência, não certamente de natureza técnica, concerne à avaliação qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência de tutela do homem, um aspecto idôneo, não a “humilhar” a aspiração econômica, mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa. Isso induz a repelir a afirmação – tendente a conservar o caráter estático-qualitativo do ordenamento – pela qual não pode ser “radicalmente alterada a natureza dos institutos patrimoniais do direito privado”. Estes não são imutáveis: por vezes são atropelados pela incompatibilidade com os princípios constitucionais, outras vezes são exaustorados ou integrados pela legislação especial e comunitária; são sempre, porém, inclinados a adequar-se aos novos “valores”, na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais. Estes não podem mais ser confiados aprioristicamente no papel de limites ou de finalidades exteriores, como se não fossem idôneos a incidir sobre a função do instituto e portanto sobre a sua natureza”. (PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 33)

¹⁶⁵ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Op. cit.*, p. 171.

colectividade, a família em que cada pessoa se insere. Parte do total para o particular em vez de partir do individual para o total¹⁶⁶.

Dentro dessa tomada de posição, será demonstrado que o Livro II do Código Civil, denominado “Direito de Empresa”, não destoa dessa tendência, ainda que para outros, sua análise possa indicar o inverso, como é o caso da opinião de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, que ao enfrentar a temática envolvendo a resolução da sociedade em relação a sócios minoritários, sustenta que, “Se é verdade que a filosofia dominante no mundo empresarial (assim reconhecida e acatada pelo NCC, neste passo) implica que o ‘negócio é levar vantagem em tudo’ – seja permitido assim ilustrar a idéia em foco –, mudar a regra em apreço representará risco significativo da prática de abusos pelos sócios majoritários nas sociedades limitadas”¹⁶⁷.

Efetivamente, as pessoas constituem sociedades empresariais com o intuito de auferir lucro, o que, contudo, não autoriza advogar a idéia de que o Código Civil, quando trata do “Direito de Empresa”, defende a filosofia de se “levar vantagem em tudo”, mesmo que limitada à temática específica envolvendo a resolução da sociedade em relação aos sócios minoritários. Ora, a empresa deriva do exercício da propriedade, que, por sua vez, deve cumprir sua função social, o que – por si só – afasta a noção meramente individualista em benefício de toda a coletividade e, portanto, já implica limitações ao objetivo de “levar vantagem em tudo”. Ademais, o Direito da Empresa é parte integrante do Código Civil, cujos pilares são a *eticidade*, a *socialidade* e a *operabilidade*¹⁶⁸, ficando, portanto, prejudicada qualquer interpretação que venha ofendê-los, mesmo porque o direito “não se interpreta em tiras”, fazendo uso aqui da feliz expressão de Eros Roberto Grau¹⁶⁹.

¹⁶⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Op. cit.*, p. 14.

¹⁶⁷ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 2 – Teoria Geral das Sociedades – As Sociedades em Espécie do Código Civil, p. 535.

¹⁶⁸ Eles serão analisados na seqüência.

¹⁶⁹ “Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito...**, p. XVIII)

3 A ATIVIDADE ORGANIZADA

3.1 O Exercício da Profissão

O homem para sobreviver necessita de bens, tanto que a ciência do direito dedica atenção especial a esse segmento (didaticamente denominado “Direito das Coisas”¹⁷⁰), mesmo porque inúmeras guerras existiram em razão de divergências atinentes a propriedades e, por conseguinte, a bens. Logo, como o direito busca regular a vida em sociedade, evitando litígios, não poderia deixar de tutelar a questão da apropriação de bens pelos homens, mesmo porque “os bens aptos a satisfazer as necessidades e aparências das pessoas são causa de contacto social e fonte de conflitos”¹⁷¹.

No início a apropriação dos bens destinava-se à subsistência no seio das próprias famílias, por intermédio de atividades, como pecuária e agricultura, exercidas nas respectivas propriedades. Entretanto, era indispensável dar destino ao excedente, mesmo porque em outras famílias faltavam ou abundavam espécies diversas de bens.

Incumbia, pois, ao direito tutelar aqueles bens que possuíam valoração econômica, sob pena de se tornar impossível a vida em sociedade, máxime porque determinadas pessoas passaram a sobreviver da intermediação de bens entre os homens.

Na verdade, com o desenvolvimento da sociedade, alguns cidadãos perceberam que poderiam auferir benefícios, intermediando a troca de bens entre outros sujeitos, conhecida naquela época como “escambo”, ou seja, houve a inserção de um terceiro sujeito nas relações

¹⁷⁰ Afinal, como bem sustenta Carlos Alberto da Mota Pinto, “no desenvolvimento da sua vida o homem serve-se das coisas, utilizando-as para satisfazer suas necessidades e para conseguir os seus fins. (...) O poder de facto sobre as coisas submete-as materialmente à vontade do homem. Mas, se o direito se desinteressasse, por absurdo, de submeter os poderes dos homens sobre as coisas à sua disciplina, o poder de facto sobre as coisas não se impunha ao respeito das outras pessoas. Tornar-se-ia inseguro, exposto a agressões, seria defendido com força própria do seu titular. Uma tal situação seria a negação da ordenação jurídica da sociedade. Seria o reino da força, pois sendo os bens escassos em relação às necessidades sentidas pelos homens, e procurando estes subtrair-se ao império das necessidades, seria inevitável a luta pela sua apropriação. Seria impossível, pois, a vida em comum. Constitui, assim, missão fundamental do direito *organizar*, segundo os valores jurídicos, os *poderes dos homens sobre as coisas e o conteúdo das relações entre os homens a respeito das coisas*. Tão fundamental que as opções legislativas formuladas neste domínio jurídico-privado são verdadeiramente caracterizadoras do sistema social, político e económico e, mais do que isso, do tipo de civilização vigente numa sociedade, influenciando, por seu lado, decisivamente esse sistema e essa civilização”. (PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 130-131)

¹⁷¹ VASCONCELOS, Pedro Pais. **Teoria Geral do Direito Civil - Relatório**. Lisboa: Coimbra, 2000. p. 17.

comerciais, que se dedicava exclusivamente à intermediação¹⁷². A instituição da moeda, por sua vez, como medida de valor, representou grande desenvolvimento do comércio, facilitando, pois, o trânsito de mercadorias.

Esses registros da história são indispensáveis para se compreender o desenvolvimento do comércio e, por conseguinte, o nascimento do sujeito comerciante. Todavia, não se pode deixar de consignar que a queda do Império Romano contribuiu em demasia para o desenvolvimento de um novo sistema econômico, privilegiando a circulação de riquezas em detrimento de uma economia estática. Não se quer, todavia, com essa singela informação do período romano, sustentar que naquela época não havia tutela das relações comerciais. Não é isso. O que se pretende esclarecer é que, na Roma antiga, ainda não havia surgido um direito comercial específico, destinado a regular as questões peculiares e originárias do comércio¹⁷³. Para se ter uma idéia, o direito romano ignorava a letra de câmbio¹⁷⁴, sem prejuízo que a condenação da usura, propiciava o desinteresse de diversos romanos em dedicar-se ao comércio, de modo a afastar qualquer suspeita de que o lucro almejado naquele ofício consubstanciava usura¹⁷⁵.

Com essa síntese histórica, demonstra-se como se originou e consolidou o sujeito comerciante, o que é essencial para se compreender a figura e, por conseguinte, os direitos e deveres do sujeito empresário na atual sociedade contemporânea, ressaltando, porém, desde logo, que ninguém nasce comerciante ou mesmo, empresário. Ao contrário. A aquisição dessa qualidade legal no nosso ordenamento jurídico, deriva do exercício habitual e em caráter profissional de atividade econômica organizada para a produção ou troca de bens ou serviços. Senão vejamos.

¹⁷² É fato, pois, que o comércio “se estabeleceu, por engenho do homem, como necessidade imperativa de suprir sua própria manutenção, abastecendo-se com outrem das coisas que não possuía. Mas, primitivamente, originariamente, o comércio se reduzia a mera *troca*. Era o *escambo*, consistente na *permutação de coisa*, de objeto por objeto, de modo que cada consumidor, por sua vez, era um produtor. Para consumo se recebia a coisa que necessitava. Era um consumidor. Em troca, fornecia a coisa que tinha produzido ou criado, era um produtor. As dificuldades, porém, advindas desse processo, faziam com que o comércio não tomasse qualquer impulso. Era restrito às necessidades do homem, quando podia este oferecer mercadoria, que fosse de necessidade de outros”. (SILVA, De Plácido e. **Noções Práticas do Direito Comercial**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 11-12)

¹⁷³ “Não existiam, no direito romano, regras especiais para regular as relações comerciais: as poucas existentes se encontravam incorporadas ao *jus civile*.” (MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 4)

¹⁷⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Cambiário**. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1, p. 50.

¹⁷⁵ Sobre o assunto ver MARTINS, Fran. *Op. cit.*, p. 5.

3.2 Sujeito Comerciante

O advento da Idade Média não representa a origem do comércio. O surgimento do comércio é bem anterior¹⁷⁶, sendo que, para tanto, basta lembrar os fenícios, povo eminentemente comerciante, sem, contudo, olvidar dos povos árabes¹⁷⁷. Em verdade, o comércio desenvolve-se na Idade Média, com a consolidação da classe profissional dos comerciantes (ou mesmo mercadores), isto é, aqueles indivíduos que faziam da mercancia profissão, por intermédio da prática habitual de atos do comércio, visando o lucro.

Os comerciantes, no entanto, enfrentavam resistência não só da Igreja¹⁷⁸, como também não possuíam uma tutela estatal a exemplo do que existira no apogeu do Império Romano, razão pela qual “criaram suas corporações, que tinham como função ditar normas aplicáveis ao comércio e julgar os possíveis conflitos decorrentes desta aplicação, dando origem a um direito singular: o *jus mercatorum*, emanado de uma classe social, em vez de se originar no Estado”¹⁷⁹. Consolida-se, pois, o Direito Comercial, com características singulares, quais sejam: consuetudinário, corporativo, dinâmico e cosmopolita, dentre outras qualidades¹⁸⁰.

Nesse particular, ensina-nos o Rubens Requião que “o direito comercial surgiu, fragmentariamente, na Idade Média, pela imposição do desenvolvimento do tráfico

¹⁷⁶ “A história do comércio é a história da própria humanidade. Os estudos comprovam a existência de uma intensa atividade mercantil por parte das civilizações mais antigas e, especialmente, dos etruscos, dos fenícios e dos romanos, através, sobretudo, do comércio marítimo, favorecido pelo Mediterrâneo, que banhava territórios e povos detentores de produtos bem diversos.” (LAMY FILHO. *A Empresa – Formação e Evolução – Responsabilidade Social*. In: SANTOS, Theophilo de Azevedo (Coord.). **Novos Estudos de Direito Comercial em Homenagem a Celso Barbi Filho**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 6)

Sobre a influência dos povos árabes Waldirio Bulgarelli registra que “com a queda do império romano, no século V, rompida a *pax romana*, desorganiza-se completamente o mundo europeu, fazendo o comércio deslocar-se para a Ásia, assumindo os árabes papel preponderante. Estabelecendo a chamada “rota da seda” da China até o Mediterrâneo, dominam os árabes nesse período o comércio – do que ainda é testemunha nas línguas modernas a existência de vários termos por eles utilizados na prática mercantil, como *freguês, frete, armazém, avaria etc.*”. (BULGARELLI, Waldirio. **Direito Comercial**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1995. p. 28-29)

¹⁷⁸ Ainda paradoxal, a Igreja com sua resistência aos comerciantes, acabou por contribuir com o desenvolvimento dessa nova classe profissional, como informam Darcy Arruda Miranda Junior e Luís Alexandre Facchin de Arruda Miranda: “A Igreja, que nunca viu com bons olhos o comércio, não deixou de dar, ainda que sem querer, a sua contribuição à supremacia comercial das cidades italianas no Mediterrâneo, por meio das Cruzadas, em decorrência das quais se promoveu intenso tráfego comercial marítimo com o Oriente e o estabelecimento de inumeráveis entrepostos em todo o antigo lago romano”. (MIRANDA JR., Darcy Arruda; MIRANDA, Luis Alexandre Fachin de Arruda. **Manual de Direito Comercial**: parte geral I. São Paulo: Cultural Paulista, 1999. p. 22)

¹⁷⁹ BERTOLDI, Marcelo M. **Curso Avançado de Direito Comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1 – Teoria geral do direito comercial, direito societário, p. 25-26.

¹⁸⁰ Sobre as características do Direito Comercial consultar: REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1, p. 29-31.

mercantil”¹⁸¹. E acrescenta que “em um ambiente jurídico e social tão avesso às regras do jogo mercantil, foram os comerciantes levados a um forte movimento de união, através das organizações de classe”¹⁸². Esse período é conhecido como subjectivo, isto é, o direito dos comerciantes a serviço de uma classe exclusiva, um direito, portanto, corporativo, profissional, autônomo e consuetudinário. Na seqüência, estendeu-se não só aos comerciantes, mas igualmente aos terceiros que contratavam com eles.

Com a revolução francesa e seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, passou-se a questionar a existência de um direito exclusivo a determinada classe profissional, sob o argumento de que gerava privilégios e distinções¹⁸³. As organizações de classe (corporações) foram extintas. “Dá-se em conseqüência, o surgimento do liberalismo na economia, com o que aparecem novas concepções, especialmente de liberdade e igualdade. Reduz-se a intervenção estatal no domínio econômico e, no mesmo passo, assegura-se a liberdade de trabalho e indústria a todo cidadão”¹⁸⁴.

Em 1808, a França promulga o seu novo Código Comercial, que, “para a doutrina pós-revolucionária, rompera a sua tradição histórica e mudara totalmente a concepção do Direito Comercial: de Direito dos Comerciantes no exercício de sua profissão, convertera-se no Direito do Comércio – ou seja, no direito de alguns atos especiais (dos atos de comércio enumerados nos arts. 631 e 632 daquele Código), a cujas regras estariam submetidos todos aqueles que os praticassem, comerciantes ou não”¹⁸⁵. Nasce aqui, a teoria ou fase conhecida como objetiva, ou seja, o direito do comércio antes pautado na figura do sujeito comerciante volta-se para o exame do objeto, ou seja, os atos do comércio, conforme esclarece Francesco Galgano.

Com a codificação francesa de princípios do século XIX, o direito comercial abandonava o sistema subjectivo – segundo o qual este direito se aplicava apenas a quem estivesse inscrito como comerciante no correspondente registro -, adaptando o sistema objectivo: o direito comercial aplica-se a todos os actos de comércio, praticados por quem quer que seja, ainda que

¹⁸¹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1, p. 8.

¹⁸² *Idem*, p. 9.

¹⁸³ “Orientado pelo princípio da igualdade de todos perante a lei, proclamado pela Revolução Francesa, o Direito Comercial não podia mais oferecer uma tutela a sujeitos diferenciados, privilegiados, mas sim, ser liberado em atenção a um critério objetivo, sem levar em conta as qualidades dos sujeitos envolvidos nas relações de comércio.” (FÉRES, Marcelo Andrade. Empresa e empresário: do Código Civil italiano ao novo Código Civil brasileiro. In: RODRIGUES, Frederico Viana (Coord.). **Direito de Empresa no Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 40)

¹⁸⁴ DORIA, Dylson. **Curso de Direito Comercial**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1, p. 21.

¹⁸⁵ GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. **Apontamentos de Direito Comercial...**, p. 79.

ocasionalmente; ao passo que a prática habitual de actos do comércio e a conseqüente aquisição da qualidade de comerciante seria pressuposto para a aplicação de normas específicas, como as relativas à obrigação de manter escrituração mercantil e as relativas à falência¹⁸⁶.

Embora se constitua em um marco histórico, o Código Comercial francês foi objeto de severas críticas, sintetizadas na pena de Rubens Requião¹⁸⁷, quando escreve que “o sistema objetivista, que desloca a base do direito comercial da figura tradicional do comerciante para a dos atos de comércio, tem sido acoimado de infeliz, de vez que até hoje não conseguiram os comercialistas definir satisfatoriamente o que sejam eles”¹⁸⁸. Mesmo assim, no Brasil, o Código Comercial de 1850 seguiu a tendência francesa, tanto que o art. 4º preconizava que “ninguém é reputado comerciante sem que faça da mercancia profissão habitual”, enquanto o art. 19 do Regulamento 737, de 25 de junho de 1850, procurava catalogar o que se considerava mercancia¹⁸⁹.

Sucedem, porém, que a criatividade¹⁹⁰ e a celeridade inerentes aos comércio instauraram um descompasso entre o texto de lei e a realidade mercantil, uma vez que se praticavam atos que não eram previstos no texto legal, de tal sorte que, para se corrigir essa anomalia, parcela da doutrina passou a sustentar que a enumeração legal era meramente exemplificativa.

¹⁸⁶ GALGANO, Francesco. **História do Direito Comercial**. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: Signo, 1980. p. 79-90.

¹⁸⁷ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 24. ed. ..., p. 13.

¹⁸⁸ Na seqüência, o próprio Rubens Requião relata que “Grandes professores, entre os quais Otávio Mendes, saudoso mestre da Faculdade de Direito de São Paulo, ao passar revista sobre as insatisfatórias definições dos mais eminentes autores, melancolicamente assevera (...) resta-nos concluir, reconhecendo francamente a falência do Direito Comercial diante do problema da definição e classificação dos atos de comércio. Todos os escritórios reconhecem este fato”. (REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 24. ed. ..., p. 13)

¹⁸⁹ Dizia o art. 19 do Regulamento 737: “Considera-se mercancia: 1º. a compra e venda ou troca de efeitos móveis ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso; 2º. as operações de câmbio, banco ou corretagem; 3º. as empresas de fábricas, de comissões, de depósitos, de expedição, consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públicos; 4º. os seguros, fretamentos, riscos e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo; 5º. a armação e expedição de navios”.

¹⁹⁰ Rubens Requião, desde há muito, já alertava que o operador do direito não pode “desconhecer ou desprezar a inteligência inventiva e a engenhosa capacidade técnica dos comerciantes de criarem normas práticas, para assegurar o desenvolvimento de seus negócios, com instrumentos novos e descerrando novos horizontes”. Afinal, “os usos comerciais surgem espontaneamente. Um comerciante em seus hábitos, fixa determinada norma, que vai sendo adotada por outros. De individual o uso torna-se geral. A princípio, em determinada praça, que são os *usos locais*, expandindo-se depois para outras, formando os *usos regionais* ou *nacionais*. No comércio exterior, são os *usos internacionais*. Surgindo, assim, modestamente no início, após a sua prática constante e o reconhecimento voluntário de alguma comunidade de comerciantes, torna-se regra implícita da relação jurídica, para a qual nasceu”. (REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 21. ed. ..., p. 27)

Não obstante, o comércio sofre profundas reformas, passando a enfatizar não mais o sujeito ou mesmo determinada espécie de ato mercantil, e sim, a atividade realizada propriamente dita, em caráter habitual e profissional, independentemente da natureza, isto é, a série de atos coordenados entre si¹⁹¹.

Desenvolve-se a preocupação jurídica com a análise de empresa, ou seja, o direito comercial deixou de ser a função “mero regular dos comerciantes e dos atos de comércio, passando a atender à atividade, sob a forma de empresa”¹⁹², com reflexos diretos na gradativa aproximação da doutrina nacional ao sistema italiano, que, por intermédio do seu Código Civil de 1942, positivou a teoria da empresa. Coincidência ou não, a expressão *comerciante* – que para diversas pessoas era pejorativa uma vez que identificava o sujeito cuja preocupação principal era auferir lucros – é substituída por “*empresário*”, cuja locução é mais prestigiada, traduzindo aquele cidadão que possui posses e poder e, portanto, bem-sucedido. Infelizmente, cuida-se de fenômeno da sociedade de consumo, na qual prevalece e importa o *ter* e não, o *ser*, quando, na verdade, deveria ser exatamente o inverso.

O Direito Comercial, destarte, passa a ser visualizado como sendo o Direito das Empresas. Jorge Lobo¹⁹³, aliás, informa que diversos juristas defendem a idéia de que o Direito Comercial é o Direito das Empresa, dentre os quais, Tullio Ascarelli, Joaquim Garriguez, J. Escarra, J. Hamel. O novo Código Civil brasileiro, instituído pela Lei 11.406/02, reforça essa tendência. Afinal, ao dedicar ao seu Livro II, o estudo do “Direito de Empresa”, consagrou a adoção da teoria da empresa no nosso ordenamento, divulgada e adotada pelo legislador italiano.

Observe-se, porém, o nosso Código Civil não se limita a reproduzir o texto de lei do Código Civil italiano, em que pese adotá-lo como grande referencial¹⁹⁴. Na verdade,

¹⁹¹ “Concebe-se assim a atividade econômica como a série de atos coordenados entre si, pelo comerciante, visando a uma finalidade comum. Mantém-se a pessoa do comerciante, através do agente, e refoge-se ao conceito dos atos isolados, para considerá-los na sua reiteração, na sua repetição, portanto por um critério quantitativo, não esquecido o critério qualitativo que é dado pela finalidade, que, no caso, é unitária. Portanto, desloca-se o problema do âmbito exclusivo do comerciante ou do ato de comércio para centralizar-se na atividade que, por pressupor uma organização para executá-la, irá desbordar no conceito de empresa.” (BULGARELLI, Waldírio. **Direito Comercial**. 11. ed. ..., p. 67)

¹⁹² BULGARELLI, Waldírio. **Direito Comercial**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 19.

¹⁹³ LOBO, Jorge. A empresa: novo instituto jurídico. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Malheiros, v. 41, n.125, p. 32, jan./mar. 2002.

¹⁹⁴ Sobre a influência do direito comercial italiano na cultura brasileira, Miguel Reale destaca “a presença fecunda de Tullio Ascarelli, o eminente comercialista que o anti-semitismo trouxe a São Paulo. Contratado sabiamente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como se deu outrossim com Enrico Tullio Liebman, Ascarelli desenvolveu entre nós magnífica colaboração cultural, culminando com a doação de sua preciosa biblioteca à Faculdade, onde, nos cursos de doutoramento de Direito Comercial, formou

apresentam-se diferenças não só históricas (*i.e.*, períodos em que foram editados), como também sistemáticas e metodológicas, dentre as quais destaque-se que o Código Civil italiano não possui uma parte geral a exemplo do que sucede com o nosso Código Civil, sem prejuízo de que a matéria atinente à empresa encontra-se inserida no Livro V, que trata do trabalho¹⁹⁵, enquanto no Brasil a questão trabalhista é tratada preferencialmente pela legislação extravagante, destacando-se aqui a vetusta Consolidação das Leis do Trabalho.

3.3 A Problemática Envolvendo a Empresa

A empresa constitui-se na base do Direito Comercial contemporâneo¹⁹⁶, realçando, pois, a problemática jurídica de entendê-la, suscitando, portanto, fervorosos debates e teorias¹⁹⁷, o que levou Jorge Lobo a registrar que essa polêmica é interminável¹⁹⁸. Não obstante, alguns autores, como Sérgio Campinho¹⁹⁹ e Luiz Antonio Soares Hentz²⁰⁰, consideram a empresa como objeto de direito, sob o argumento de que “não concebe o Direito brasileiro a personificação da empresa”²⁰¹. Outros, dentre os quais Fábio Tokars²⁰² e Rubens

discípulos que deram novo sentido a essa disciplina”. (REALE, Miguel. **Nova Fase do Direito Moderno**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 234)

¹⁹⁵ “No direito italiano a disciplina que rege a atividade do empresário está no Livro Quinto do Código, que trata do trabalho, das atividades profissionais, todas elas, dedicando-lhe o legislador seção denominada ‘Da Empresa em Geral’, em que está o artigo 2.082 – Do Empresário.” (SZTAJN, Raquel. Notas em matéria de empresa e sociedades empresárias no Código Civil. **Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo**, v. 23, n. 71, p. 96, ago. 2003)

¹⁹⁶ “O fenômeno da empresa é recente na história econômica e social da atividade humana. E, no entanto, o mundo de hoje seria incompreensível sem a onipresença da empresa que ocupa, praticamente, todos os espaços na vida do homem moderno. Com efeito, dependemos da empresa para o nosso trabalho, e nosso lazer, para nos transportarmos e nos comunicarmos, para a produção de alimentos ou de mobiliário, e vestuário, para defesa de nossa saúde, para a habitação, para a produção de toda essa parafernália de utilidades empregadas no dia-a-dia do homem moderno. Numa palavra, para o progresso econômico e a conquista do bem-estar social. (E pensar que o homem habita a terra há milênios, e que só há, apenas, duzentos anos organizou-se a produção sobre forma empresarial!).” (LAMY FILHO, Alfredo. *A Empresa – Formação e Evolução – Responsabilidade Social...*, p. 1)

¹⁹⁷ Sobre o tema, dentre outros, ver: DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Manual Jurídico da Empresa**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Da Empresarialidade** (As Empresas no Direito). Coimbra: Almedina, 1996; HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de Empresa no Código Civil de 2002: teoria geral do direito comercial de acordo com a Lei n. 10.406 de 10.1.2002**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

¹⁹⁸ LOBO, Jorge. *A empresa: novo instituto jurídico...*, p. 29-40.

¹⁹⁹ CAMPINHO, Sérgio. **O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 9.

²⁰⁰ HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Op. cit.*, p. 8.

²⁰¹ CAMPINHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 9.

²⁰² TOKARS, Fábio Leandro. *Função Social da Empresa*. In: RAMOS, Cármen Lúcia Silveira (Coord.). **Direito Civil Constitucional: situações patrimoniais**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 77 e ss.

Requião²⁰³, definem a empresa como mera abstração, justificando essa tomada de posição na explicação de que “o conceito de empresa se firma na idéia de que é ela o *exercício da atividade produtiva*. E do exercício de uma atividade não se tem senão uma idéia abstrata”²⁰⁴.

Essa controvérsia, aliás, atravessa as fronteiras. A evolução histórica demonstra que a tradição germânica enfatizava a empresa como uma realidade objetiva, apta a substituir a noção de estabelecimento. A doutrina francesa aproximava-se dessa noção. Na Itália, por sua vez, partiu-se da idéia da empresa como atividade comercial²⁰⁵. A doutrina portuguesa, do mesmo modo, não possui uma dogmática uniforme, o que motivou Antonio Menezes Cordeiro a consignar que a empresa, na experiência portuguesa, “é uma locução disponível para o legislador, sem se embaraçar com uma técnica jurídica precisa”^{206/207}.

Dessa celeuma, parcela respeitável de nossa doutrina sustenta que Alberto Asquini²⁰⁸ esclareceu com bastante profundidade o assunto quando trouxe à comunidade jurídica a opinião de que a empresa deve ser compreendida por intermédio dos seus perfis, isto é, subjetivo, funcional, patrimonial e corporativo.

O perfil subjetivo aborda a figura do empresário, enquanto que o funcional, a atividade econômica em si. O aspecto patrimonial envolve o complexo de bens destinado ao exercício da atividade, também denominado de estabelecimento. O perfil corporativo, por sua vez, compreende a empresa como instituição, ou seja, como organização produtora de relações negociais, abrangendo não só proprietários, mas também colaboradores e empregados.

A empresa, portanto, diverge da figura do empresário, que, por sua vez, embora titular daquela, pode ser pessoa natural (física) ou jurídica. Contudo, o próprio legislador emprega o vocábulo de modo inadequado²⁰⁹, uma vez que, pretendendo disciplinar direitos e

²⁰³ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 57.

²⁰⁴ *Idem*, p. 59.

²⁰⁵ CORDEIRO, Antonio Menezes. **Manual de Direito Comercial**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 207 e ss.

²⁰⁶ *Idem*, p. 226.

²⁰⁷ Talvez por esses motivos que Waldirio Bulgarelli, quando se propôs a analisar a atividade negocial no projeto de Código Civil Brasileiro, fez questão de relembrar “a advertência de Roscoe Pound, que mencionava o caso de um conferencista que se propusera desvendar o segredo da filosofia de Hegel e que ao término de sua palestra, foi vivamente cumprimentado pelos ouvintes, justamente por ter logrado mantê-lo indecifrável”. (BULGARELLI, Waldirio. A atividade negocial no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Malheiros, n. 56, p. 113, out./dez. 1984)

²⁰⁸ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 104, p. 110-126, out./dez. 1996. Tradução e notas Fábio Konder Comparato.

²⁰⁹ “A Constituição Federal de 1988 utiliza-se da expressão empresa para designar empresa brasileira e estrangeira (art. 171), empresa pública (art. 173), concessionário e permissionária de serviços (art. 175, parágrafo único), microempresa e empresa de pequeno porte (art. 179), empresa jornalísticas e de radiodifusão (art. 222, §§ 1º e 2º), empresa de mineração (art. 176, § 1º) e empresa de pesquisa e lavra de

deveres da pessoa jurídica (sociedade) ou mesmo do empresário individual, reporta-se à empresa. Exemplo são os arts. 170, IX e 173, II da Constituição Federal:

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

(...)

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das **empresas privadas**²¹⁰, inclusive quando aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários:

Cite-se, também, o art. 448 da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 448. A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

O vocábulo “empresa” assume, portanto, diversos significados, razão pela qual, nosso Código Civil²¹¹, seguindo o modelo italiano, optou em definir tão-somente a figura do empresário, o que não impede de externar nossa posição sobre a empresa, muito embora não se constitua no objetivo dessa investigação, sem, olvidar, no entanto, que toda conceituação ou mesmo classificação “tem um componente subjetivo e até mesmo arbitrário”²¹². Ao nosso modo de ver, a empresa juridicamente analisada se constitui uma mera abstração, ou seja, uma

recursos minerais e de aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica (art. 44 do ADCT). Não houve, por parte do legislador constitucional, qualquer preocupação em se utilizar tecnicamente da expressão – preferindo o empirismo característico das disposições constitucionais. (...)” (HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Op. cit.*, p. 36-38)

²¹⁰ Realce nosso.

²¹¹ Lei 10.406, de 10.01.2002.

²¹² BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional...**, p. 35.

atividade econômica organizada, em caráter habitual e profissional²¹³. Por certo, o exercício dessa atividade exige bens (materiais e imateriais), originando, pois, o estabelecimento comercial (CC/2002, art. 1.142). Do mesmo modo, implica a existência de um titular, ou seja, o empresário, antigamente denominado comerciante.

A visão de Asquini, não obstante, auxilia a interpretação do direito da empresa no Código Civil brasileiro, o qual adota os seus quatro (04) perfis. Afinal, o aludido diploma legal, quando trata da figura do empresário (CC/2002, art. 966), por certo, se reporta ao perfil subjetivo. O perfil funcional, por sua vez, encontra-se positivado em diversos artigos, dentre os quais os arts. 1.085, 1.172, 1.178 e 1.184.

Art. 1.085. Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria do sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão podendo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa.

Art. 1.172. Considera-se gerente o preposto permanente no exercício da empresa, na sede desta, ou em sucursal, filial ou urgência.

Art. 1.178. Os preponentes são responsáveis pelos atos de quaisquer prepostos, praticados nos seus estabelecimentos e relativos à atividade da empresa, ainda que não autorizados por escrito.

Art. 1.184. No Diário serão lançados com individualização, clareza e caracterização do documento respectivo, dia a dia, por escrita direta ou reprodução, todas as operações relativas ao exercício da empresa.

No tocante aos demais perfis invocados por Asquini, destaque-se o art. 978 do CC/2002, o qual materializa a vertente jurídica patrimonial da empresa, enquanto o art. 931 do mesmo diploma legal identifica o perfil institucional.

Art. 978. O empresário casado pode, sem necessidade de outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, alienar os imóveis que integrem o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real.

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

²¹³ Nessa vertente é a definição de empresa dada por Carlos Celso Orcesi da Costa: “empresa é a organização complexa, resultado da atividade econômica habitual do empresário (ou substituto), com o intuito de obtenção de lucro ou proveito, na função de produção ou comercialização de bens e serviços ao mercado”. (COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Código Civil na visão do advogado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 48)

Indispensável, no entanto, a compreensão da figura do empresário, em especial à luz do Código Civil brasileiro.

3.4 O Empresário

Pelo Código Civil brasileiro, por intermédio do seu art. 966, *caput*, “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços”. No parágrafo, afasta a qualidade de empresário daquele que exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que seja com o concurso de auxiliares ou de colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa. O referido texto utilizou como referencial o art. 2.082 do Código Civil italiano²¹⁴, o qual, segundo Tullio Ascarelli, não se refere simplesmente a uma atividade autônoma, mas a uma atividade econômica, dirigida à produção ou à troca de bens ou serviços, organizada, exercida profissionalmente²¹⁵. Francesco Galgano, por sua vez, analisando esse mesmo dispositivo, sustentou que empresa é a atividade organizada para a produção e o empresário é o organizador dessa produção²¹⁶.

A qualidade jurídica de empresário²¹⁷, então, exige a (1) habitualidade (e, portanto, profissionalismo), (2) o exercício de atividade econômica, (3) organizada, com (4) escopo de produção ou circulação de bens e serviços.

²¹⁴ “Código Civil italiano, art. 2.082: “É empresário quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada, dirigida à produção ou à troca de bens ou de serviços.” (Tradução livre)

²¹⁵ ASCARELLI, Tullio. **A Atividade do Empresário**. Tradução de Erasmo Valladão e N. França. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Malheiros, ano XLII, v. 42, n. 132, p. 203, out./dez. 2003.

²¹⁶ GALGANO, Francesco. **Trattato di Diritto Commerciale – L’ Imprensa**. Pádua: Cedam, 1978. v. 2, p. 8.

²¹⁷ Registre-se, porém, que, “antes de ser jurídico, o conceito de empresário carrega um aspecto econômico: é um dos sujeitos do sistema econômico, ou seja, da organização social da produção e da distribuição da riqueza. O empresário é o ativador do sistema econômico, entre vários agentes: os capitalistas que oferecem seu capital, em troca de lucro; os trabalhadores que oferecem suas forças de trabalho, em troca de salário; os consumidores que procuram no mercado bens e serviços para satisfazerem suas necessidades. Nesse sentido, o empresário funciona como intermediário entre, de um lado, os que oferecem seu capital ou sua força de trabalho e, de outro, aqueles que demandam no mercado bens e serviços para satisfazer suas necessidades. Dentro dessa perspectiva, o empresário transforma ou combina os fatores de produção, ou seja, transforma capital, trabalho e tecnologia em produto idôneo a satisfazer as necessidades no mercado de consumo, criando riqueza. Sob o ponto de vista econômico, essencial, por fim, para identificar o empresário, é o elemento *risco econômico* que pode ser traduzido pela possibilidade contingencial de auferir lucro e de arcar com prejuízo”. (MATTOS NETO, Antonio José de. O empresário à luz do novo Código Civil. **Revista do Advogado da AASP**. São Paulo, v. 23, n. 71, p. 8, ago. 2003)

A habitualidade, por si só, afasta a prática de ato esporádico, ou seja, esparsa intermediação em contrato de compra e venda de veículo não é suficiente para constituir o sujeito empresário, mesmo naquela ocasião. Também não se confunde com seqüência de atos. Logo, a simples emissão de dezenas de notas promissórias para a obtenção e garantia de empréstimo bancário não caracteriza o sujeito empresário. Ao contrário. A habitualidade, com efeito, exige uma série de atos coordenados e organizados para uma finalidade específica, qual seja, produção de bens ou de serviços.

O profissionalismo, destaque-se, coexiste com a habitualidade do exercício da atividade²¹⁸, ou seja, completa os atributos da figura do sujeito empresário. Essa noção é formada a partir da pessoalidade e conhecimento das informações.

Atividade organizada, por sua vez, implica a coordenação de três fatores essenciais: o capital, o trabalho e a tecnologia²¹⁹. Logo, exige não só organização do trabalho alheio, como também investimentos, pesquisas, sintonia com os terceiros colaboradores, propiciando, assim, a construção e expansão de uma atividade econômica e produtiva.

A atividade econômica, nos termos do art. 966 do Código Civil brasileiro, relaciona-se com a “produção ou circulação de bens ou de serviços”, razão pela qual, considera-se empresário não só o sujeito produtor de riquezas, como também aquele atua na circulação e intermediação de bens e serviços. Não se pode olvidar, no entanto, que o mesmo legislador elege algumas atividades econômicas, como não-empresariais, dentre as quais, aquelas exercidas pelos profissionais liberais, isto é, atividades intelectuais (CC/2002, art. 966, *caput*), bem como as atividades rurais (CC/2002, art. 971) e atividades realizadas pelas sociedades cooperativas (CC/2002, art. 982, parágrafo único).

No tocante às atividades exercidas por profissionais liberais, o legislador afasta a noção de empresarialidade, uma vez que entende que nessas prevalece o conhecimento do sujeito, isto é, a mente do autor, ocasionando, pois, que eventual organização na busca desse conhecimento (ou mesmo exploração profissional) constitui-se apenas em um aspecto secundário de menor relevância. Quanto à atividade rural, ao que tudo indica, fora parcialmente excluída da noção de empresário, sob o argumento de que a dimensão de sua

²¹⁸ “O elemento ‘profissionalismo’ relaciona-se com a habitualidade do desenvolvimento da atividade. Este elemento tem caráter objetivo e é considerado como um atributo da atividade e não mais do sujeito que a exerce. (...) A atividade esporádica ou sazonal, entretanto, não afasta o caráter da empresarialidade, por ser desenvolvida de forma cíclica. Como exemplo, cita-se a empresa que tem suas atividades em um balneário apenas no período da alta estação.” (WALD, Arnold. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. XIV – Livro II, do direito de empresa, p. 41)

²¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Empresarial**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 31.

atividade não absorve todos os elementos indispensáveis para se submeter ao regime jurídico próprio do empresário, não obstante, o próprio legislador, ainda que paradoxalmente, observadas determinadas formalidades, facultar-lhe a escolha de subsunção a esse regime, conforme se verifica do texto do art. 971 do Código Civil²²⁰, o que recebeu aplausos de parcela da doutrina nacional, destacando-se aqui a opinião de Paulo F. C. Salles de Toledo:

embora a atividade desenvolvida pelo agricultor, pelo pecuarista ou pelo silvicultor seja considerada legalmente não-empresária, porque diretamente ligada aos ciclos da natureza, o que a diferencia essencialmente da organização da atividade econômica pelo empresário, nada impede que aquele, por um ato de vontade, se inscreva no Registro de Empresas, e se equipare, desse modo, aos empresários em geral. A norma legal em tela faz todo sentido, porque seria desconhecer a realidade vedar, por exemplo, a uma agroindústria de porte o acesso à recuperação judicial. Mas seria igualmente irreal expor à falência um pequeno produtor rural que explore uma propriedade exclusivamente com o esforço próprio e de alguns familiares²²¹.

No que diz respeito à exclusão das sociedades cooperativas ao regime jurídico do empresário, infelizmente, acredita-se que o legislador buscou adaptar o novo Código Civil aos critérios e peculiaridades estabelecidas da vetusta Lei 5.764/71 que regulamenta as sociedades cooperativas, sancionada em um cenário totalmente diverso do construído após o advento da Constituição Federal de 1988. Olvidou-se, pois, que, no desempenho de suas atividades, determinadas cooperativas desvirtuam totalmente os princípios específicos estabelecidos na Lei 5.764/71, em nada se diferenciando das sociedades empresárias. Essa atitude, porém, não tem passado despercebida pelos Tribunais, máxime aqueles, cientes e comprometidos com a importância de sua função dentro do Estado de Direito e, por conseguinte, as repercussões sociais extraídas de suas decisões:

A especulação financeira é fenômeno que não pode ser confundido com atos negociais específicos e com finalidade de fomentar transações comerciais em regime de solidariedade, como são os efetuados pelas cooperativas. (STJ – 1ª Seção – EREsp. 169.411 – Rel. Min. José Delgado – **RSTJ** 155/326)

²²⁰ **CC/2002, art. 971**: “O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis de respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro”.

²²¹ TOLEDO, Paulo F. C. Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 3.

A atividade desenvolvida junto ao mercado de risco não é inerente à finalidade a que se destinam as cooperativas. A especulação financeira, como forma de obtenção do creditamento da entidade, não configura ato cooperativo e extrapola os seus objetivos institucionais. (STJ – 1ª Seção – Rel. Min. Demócrito Reinaldo – EResp. 88.179/PR – **RSTJ** 155/315)

A tomada de posição do legislador, portanto, resulta na conclusão de que o parágrafo único do art. 983 do Código Civil, no tocante às cooperativas, estabeleceu sua qualidade jurídica (não empresarial) pela forma e não, pelo exercício da atividade (objeto), a exemplo do que fizera no passado em relação às sociedades por ações (sempre empresariais)²²², o que constitui critério excepcional em nosso ordenamento jurídico. Nesse particular, há que se registrar a infelicidade do legislador, uma vez que, agindo como agiu, afastou as sociedades cooperativas do âmbito da Lei 11.101/05, que trata da recuperação de empresas e falências, dificultando, pois, sua preservação em caso de dificuldades econômicas e financeiras, uma vez que não poderá se socorrer da utilização dos mecanismos judiciais previstos nesse diploma legal²²³.

Retomando a questão dos atributos do sujeito empresário, registre-se que o desenvolvimento de atividade econômica deve gravitar na busca do bem-estar social, atendendo, portanto, aos imperativos éticos e sociais estabelecidos no Código Civil, em consonância com a Carta Magna.

Verifica-se, então, que a busca do lucro²²⁴ não é o único fim da atividade econômica, e tampouco requisito essencial da qualidade jurídica de empresário. Exemplo disso é a atividade desenvolvida por empresas públicas, nas quais o lucro se constitui em objetivo secundário. Requisito, portanto, (repita-se) é o desenvolvimento de atividade – organizada – econômica, dirigida à produção ou troca de bens e serviços, independentemente da identidade do seu titular. Em outras palavras, o resultado da atividade também deve satisfazer as necessidades de outros. Com a palavra Arnoldo Wald: “A visão realista do mundo contemporâneo considera que não há mais como distinguir o econômico do social, pois ambos os interesses se encontram e se compatibilizam na empresa, núcleo central da produção e da

²²² **Lei 6.404/76, art. 2º, § 1º**: “Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio”. Registre-se que com o posterior advento do Código Civil, nada impede a leitura da expressão “a companhia é mercantil”, pela locução “a companhia é empresarial”.

²²³ Sobre essa tema específico, ver nossa posição abordada no seguinte livro: FARRACHA DE CASTRO, Carlos Alberto. **Fundamentos do Direito Falimentar**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 77-80.

²²⁴ Sobre essa questão, destaque-se o esclarecimento de Fábio Konder Comparato. “o lucro não entra, na organização do sistema econômico, com as características de um *oportere*, de um dever supremo, ou então de uma liberdade fundamental do homem. É um simples *licere*, uma liceidade sem conteúdo impositivo”. (COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Empresarial**: estudos e pareceres..., p. 11-12)

criação da riqueza, que deve beneficiar tanto o empresário como os empregados e a própria sociedade de consumo”²²⁵.

Ainda quanto às características jurídicas do sujeito empresário, destaque-se, por fim, que o registro do empresário no Registro do Comércio²²⁶, embora indispensável para o exercício regular de suas atividades, não se constitui em um dos atributos essenciais, à luz do Código Civil brasileiro, muito embora – talvez até paradoxalmente – o aludido diploma legal, por intermédio do seu art. 971²²⁷, sujeite ao ruralista as mesmas obrigações impostas ao empresário, caso venha a optar pelo registro²²⁸.

3.5 A Despersonalização da Figura do Empresário

O Código Civil, seguindo a tendência do Código Civil italiano, optou por definir a figura do empresário, deixando, pois, de positivar a noção de empresa. O desconforto e divergências quanto à construção de uma noção jurídica de empresa contribuiu – ainda que de modo secundário – para o legislador do novo Código Civil brasileiro não externar uma noção jurídica da empresa. Essa dificuldade, desde há muito, foi realçada por Georges Ripert:

para achar a empresa em nossas leis é preciso procurá-la nas disciplinas que escapam por sua autonomia às concepções tradicionais. O direito fiscal estabelece impostos sobre lucros da empresa. O direito trabalhistas mantém os contratos de trabalho, em caso de cessão da empresa. O direito temporário de guerra prescreve a administração ou fechamento de empresas. O direito profissional as classifica e regulamenta. Ainda que se reunissem todos os textos em que a expressão foi empregada, não se teria avançado muito mais para dar uma definição jurídica, pois o legislador usa o termo quando lhe é

²²⁵ WALD, Arnoldo. *Comentários ao Novo Código Civil...*, p. 2.

²²⁶ Atualmente o registro do empresário é regulado pela Lei 8.934, de 18.12.1994, que dispõe sobre o registro público de empresas mercantis e atividades afins, sendo regulamentado pelo Decreto 1.800, de 31.01.1996.

²²⁷ **CC/2002, art. 971**: “O empresário, cuja atividade rural constitua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito ao registro”.

²²⁸ Comentando essa regra, Irineu Marian sustenta que “a *equiparação* referida no art. 971 não é da *atividade rural* à empresarial em caso de registro – portanto, não há falar em *conversão* –, e sim, equiparação do *ruralista*, cujo registro é facultativo, ao *empresário*, cujo registro é obrigatório. Não equipara a atividade, mas o agente. Em suma, o ruralista é um empresário sujeito às obrigações típicas apenas quando, facultativamente, registrar-se.” (MARIAN, Irineu. Direito de empresa, atividade empresarial, empresa e empresário (à luz do novo Código Civil). *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 95, n. 844, p. 34, fev. 2006)

cômodo fazê-lo, sem se preocupar em empregá-lo sempre no mesmo sentido²²⁹.

Todavia, há que se destacar que as formas contemporâneas de organização e desenvolvimento da atividade empresarial propiciam um distanciamento entre a figura do empresário titular e a empresa, possibilitando visualizar a empresa sob interesses e relações múltiplas, sendo que o princípio da preservação da empresa “é o maior significante deste sistema”²³⁰.

A empresa, destarte, deixa de se identificar exclusivamente com a figura do seu sócio proprietário, passando, pois, a identificar um produto ou mesmo um serviço. É fato que poucos (para não dizer ninguém) sabem a identidade do acionista majoritário da *Coca-Cola* ou mesmo de montadoras de veículos como a GM, Honda, não obstante a existência de grandes empresas vinculadas à figura do seu acionista majoritário, como a Microsoft e a pessoa de Bill Gates, ou mesmo, no Brasil, o Grupo Pão de Açúcar e a família Diniz, representada por Abílio Diniz, o que, contudo, não mais predomina.

O fato é que o desenvolvimento da atividade empresarial absorve uma gama de interesses, com diretorias, conselhos, investidores, trabalhadores, dentre outros. Aliás, não raro, uma sociedade empresarial passa a ser sócia de outra, constituindo (ou não) grupos de sociedades, quando não, sociedades coligadas, situação essa que não passou despercebida pelo novo Código Civil, que tratou de regulamentar pelo menos os contornos essenciais dessas sociedades coligadas, nos arts. 1.097 até 1.101. Não se pode deixar de mencionar, também, que inúmeras sociedades sujeitam-se a um controle externo (comando) de terceiro não-sócio em decorrência de contratos de franquia, distribuição comercial, dentre outros motivos, suscitando, assim, novos questionamentos como: a falência da sociedade controladora alcança as sociedades controladas, ou mesmo se a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade controladora atinge a sociedade controladora não sócia²³¹, como pode suceder em inúmeras *holdings*²³².

²²⁹ RIPERT, Georges. **Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno**. São Paulo: Red Livros, 2002. p. 293.

²³⁰ SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. O interesse social como interesse da empresa em si. **Revista de Direito Empresarial**. n. 2, p. 18, jul./dez. 2004.

²³¹ Sobre a temática, dentre outros estudos específicos, ver: MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa Contemporânea e o Direito Societário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998; MACEDO, Ricardo Ferreira de. **Controle não Societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

²³² Segundo Egon Bockmann Moreira, “a *holding* é a forma de organização do poder de controle empresarial através de um instrumento legal que permite a constituição de uma pessoa externa (a controladora) à controlada. Em termos simplistas, é a organização vertical do controle de várias empresas numa só”.

Conseqüência desse fenômeno, portanto, é que a empresa deixa de simplesmente constituir a noção contemporânea de propriedade, afastando, portanto, qualquer tentativa individualista de identificá-la exclusivamente com os interesses do seu empresário majoritário, geralmente proveniente de famílias que detêm a maioria do capital social. Seus titulares (sócios ou acionistas), portanto, não mais se limitam à qualidade de proprietários dos bens de produção e sim, passam a possuir direitos contra a sociedade, como o recebimento de lucros e dividendos, enquanto que outros envolvidos assumem obrigações e direitos no desempenho das atividades, como os administradores, conselheiros, diretores e funcionários, originando, assim, uma estrutura organizacional própria, que, por seu turno, também interessa diretamente ao Estado, uma vez que é fonte de tributos. O interesse social da empresa, portanto, se sobrepõe a eventual interesse meramente patrimonial e lucrativo dos sócios²³³, embora esclareça-se que ambos não são antagônicos. Ao contrário, devem coexistir, propiciando, destarte, “uma nova conceituação de empresa como organização com fins lucrativos, mas com estrutura e espírito de parceria entre todos aqueles que dela participam sob as formas mais diversas”²³⁴.

Conclui-se, pois, que a absorção de interesses múltiplos aumenta o dever de as empresas, por intermédio dos seus administradores, observarem sua função social, como também, a tarefa do operador do direito na concretização de normas²³⁵ que solucionem os litígios envolvendo os interesses que gravitam em torno da empresa, possibilitando, pois, a sua preservação.

O Código Civil, por sua vez, constitui-se no instrumental indispensável para a consolidação definitiva desse espírito empresarial democrático, como visualizaremos na seqüência.

(MOREIRA, Egon Bockmann. Os consórcios empresariais e as licitações públicas: considerações em torno do art. 33 da Lei 8.666/93. **Revista dos Tribunais**, v. 933, n. 94, p. 20, mar. 2005)

²³³ Calixto Salomão Filho, nesse particular, sustenta que “o interesse da empresa não pode ser mais identificado, como no contratualismo, ao interesse de todos os sócios, nem, tampouco, como na fase institucionalista mais extremada, à autopreservação. Deve – isso sim – ser relacionado à criação de uma organização capaz de estruturar de forma mais eficiente – e aqui a eficiência é distributiva, e não alocativa – as relações jurídicas que cria”. (SALOMÃO FILHO, Calixto. Interesse social: concepção clássica e moderna. In: _____. **O Novo Direito Societário**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 42)

²³⁴ WALD, Arnoldo. **Comentários ao novo Código Civil...**, p. 14.

²³⁵ “Os juízes fazem parte do sistema político não apenas como ‘aplicadores’ ou ‘executores’ do direito feito por outrem, mas também como ‘formadores’ dos sentimentos que se expressam na legislação. (...) A democracia requer que cada pessoa seja responsável pelo seu próprio desenvolvimento moral. Isso implica *independência* por parte do poder judicial. Mas essa circunstância não o isenta, de modo algum, de fornecer as ‘razões’ de suas próprias pronúncias.” (QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais...**, p. 290-291)

**PARTE II - DO DIREITO DE EMPRESA E AS LINHAS MESTRAS DO CÓDIGO
CIVIL BRASILEIRO**

1 OBSERVAÇÕES SOBRE O DIREITO DE EMPRESA NO CÓDIGO CIVIL

1.1 Idéias Inspiradoras do Código Civil

No século passado, principalmente a partir da década de 60, parcela da doutrina já sustentava a necessidade de um novo Código Civil, em substituição ao “Código de Bevilacqua”, sob o argumento de que, a despeito de sua excelência técnica, não mais se apresentava adequado para resolver os conflitos da sociedade da época.

É bem verdade – como informa Judith Martins-Costa – que “já em 1941 houvera a tentativa de mudança – entretanto infrutífera – ao imaginar-se o desmembramento do Direito das Obrigações do *corpus* codificado, segundo o modelo do Código Suíço das Obrigações”²³⁶. Outros projetos existiram²³⁷, até que, em 1969, foi criada um “Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil”²³⁸, presidida por Miguel Reale e integrada por José Carlos Moreira Alves (Parte Geral), Agostinho Alvim (Direito das Obrigações), Sylvio Marcondes (Direito da Empresa), Ebert Chamoun (Direito das Coisas), Clóvis Couto e Silva (Direito de Família) e Torquato Castro (Direito das Sucessões), resultando, então, no Projeto de Lei 634-D, que, por seu turno, em 1975, o Presidente da República Federativa do Brasil submeteu à apreciação da Câmara dos Deputados. De acordo com Clóvis Couto e Silva,

²³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: _____; BRANCO, Gerson. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 88.

²³⁷ Sobre o histórico dos projetos que antecederam o Projeto de Lei 634-D, que redundou no atual Código Civil (Lei 10.406/02), ver, dentre outros: REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: _____ (Coord.). **A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 1-35; MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: _____; BRANCO, Gerson. *Op. cit.*, p. 87 e ss. MARCONDES, Sylvio. Direito mercantil e atividade negocial no Projeto de Código Civil. In: _____. **Questões de Direito Mercantil**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 2 e ss.

²³⁸ Na ótica de Miguel Reale, a Comissão possuía o seguinte perfil: “Quando fui convidado para desempenhar tão alta missão, respondi a Gama e Silva (na ocasião, Ministro da Justiça) que não poderia aceitar sozinho por considerar o mundo contemporâneo incompatível com a vaidade de legisladores solitários, tentando repetir a façanha de Sólon, para Atenas, e de Licurgo, para Esparta. Assente a idéia de constituir-se uma Comissão Especial, procurei atender a diversos requisitos, não só da alta competência doutrinária, mas também de afinidade intelectual, sem a qual seria impossível levar a bom termo um trabalho, que mais do que qualquer outro, exige harmonia das partes no todo, numa unidade sistemática. Além disto, para prevenir acusações de bairrismo, julguei necessário convidar juristas de vários pontos do País, entrelaçados por vínculos de compreensão e amizade”. (REALE, Miguel. **Memórias**. São Paulo: Saraiva, 1987. v. 2, p. 221)

o pensamento que norteou a Comissão que elaborou o projeto do Código Civil brasileiro foi o de realizar um Código central, (...), sem a pretensão de nele incluir a totalidade das leis em vigor no País. A importância está em dotar a sociedade de uma técnica legislativa e jurídica que possua unidade valorativa e conceitual, ao mesmo tempo em que infunda nas leis especiais essas virtudes, permitindo à doutrina poder integrá-las num sistema, entendida, entretanto, essa noção de modo aberto²³⁹.

A aludida Comissão optou por manter a divisão do Código Civil em duas partes, isto é, Parte Geral e Parte Especial, a exemplo do que constava no Código de Bevilacqua, o que – aliás – constitui tradição de nosso direito, desde o Esboço de Teixeira de Freitas. Fixou, entretanto, outras diretrizes²⁴⁰, dentre as quais: (i) firmar a orientação de somente inserir no Código matéria já consolidada ou com relevante grau de experiência crítica, transferindo-se para a legislação especial aditiva o regramento de questões ainda em processo de estudo, ou que, por sua natureza complexa, envolvem problemas e soluções que extrapolam do Código Civil; (ii) dar nova estrutura ao Código, mantendo-se a Parte Geral – conquista preciosa do direito brasileiro, desde Teixeira de Freitas – mas com nova ordenação da matéria, a exemplo das mais recentes codificações; (iii) não realizar, propriamente, a unificação do Direito Privado, mas a do Direito das Obrigações – de resto já uma realidade operacional no País – em virtude do obsolescimento do Código Comercial de 1850 – com a conseqüente inclusão de mais um livro na Parte Especial, que, de início, se denominou Atividades Negociais, e, posteriormente, Direito de Empresa²⁴¹.

No que diz respeito ao Direito da Empresa, Sylvio Marcondes registra que a Comissão optou pelas seguintes diretrizes:

a) Compreensão do Código Civil como lei básica, mas não global, do Direito Privado, conservando-se em seu âmbito, por conseguinte, o Direito das Obrigações, sem distinção entre obrigações civis e mercantis, consoante diretriz já consagrada nesse ponto desde o Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941 e reiterada no Projeto de 1965.

b) Considera elemento integrante do próprio Código Civil à parte legislativa concernente às atividades negociais ou empresariais em geral, como desdobramento natural do Direito das Obrigações, salvo as matérias que reclamem disciplina especial autônoma, tais como as de falências, letras de câmbio e outras, que a pesquisa doutrinária ou os imperativos de política legislativa assim o exijam.

²³⁹ COUTO E SILVA, Clóvis do. O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro..., p. 30.

²⁴⁰ Sobre todas as diretrizes do Código Civil (Lei 10.406/02), ver: REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, n. 9, p. 9-18, jan./mar. 2002.

²⁴¹ *Idem*, p. 11.

c) Não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas, já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a legislação aditiva a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes em virtude de mutações sociais em curso ou na dependência demais claras colocações doutrinárias ou, ainda, quando fosse, previsíveis alterações sucessivas para adaptação da lei à experiência social e econômica²⁴².

Para a compreensão do Direito de Empresa no Código Civil relevante, todavia, exige-se a investigação e interpretação dos três princípios fundamentais (pilares) desse novo Diploma, a saber: *eticidade*, *socialidade* e *operabilidade*, mesmo porque o Direito de Empresa não constitui um livro isolado. Ao contrário, faz parte de um todo, subordinando-se, portanto, aos mesmos princípios norteadores da nova codificação, o que levou Arnaldo Wald a dizer que “a fase do Direito Comercial que fazia prevalecer o interesse e a vontade individuais está ultrapassada, instituindo-se, a partir do novo Código, uma democracia empresarial, espelho do que ocorre no País”²⁴³.

No tocante aos princípios fundamentais do Código Civil, registre-se que a eticidade implica o repensar da aplicação do direito civil como categoria formal e abstrata. Induz à compreensão de que as regras jurídicas não são um “dado”, e sim, um “construído”, observados os valores que regem determinada sociedade. Exige a prevalência do “ser” ao invés do “ter”. Erige a confiança, colaboração, lealdade e a boa-fé como linhas mestras do novo diploma legal e, por conseguinte, normas de condutas dos cidadãos, devendo, portanto, permear todas as relações, independentemente de empresariais²⁴⁴, familiares, sucessórias ou contratuais.

De outro vértice, a eticidade afasta o excessivo formalismo e rigorismo, fruto das codificações anteriores, “a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais”²⁴⁵.

²⁴² MARCONDES, Sylvio. *Op. cit.*, p. 2 e ss.

²⁴³ WALD, Arnaldo. O empresário, a empresa e o Código Civil. In: FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar F.; MARTINS Fº. Ives Gandra S. (Coords.). **O Novo Código Civil, Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003. p. 839.

²⁴⁴ “O princípio da confiança também domina o Direito de Empresa, impondo aos administradores deveres de tutela e de consideração aos legítimos interesses dos sócios e da sociedade”. MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro..., p. 138.

²⁴⁵ REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil..., p. 12.

A eticidade, na verdade, encontra-se não só imanente em todo o Código Civil, como também explicitada em diversos artigos, podendo-se destacar aqui os arts. 113²⁴⁶ e 422²⁴⁷ do aludido diploma legal. Busca, portanto, a estabilidade social, isto é, “ter por finalidade fazer com que as pessoas, em seus relacionamentos, valorizem, ao máximo, o culto do aperfeiçoamento de sua convivência social”²⁴⁸.

Socialidade, por sua vez, exige a superação do individualismo que norteou o Código Bevilacqua, e, por conseguinte, funcionaliza os institutos da propriedade e do contrato, procurando albergar não só o sujeito proprietário, como também os menos favorecidos economicamente. Instrumentaliza, em consequência, a diretriz constitucional da solidariedade, erigida a um dos objetivos fundamentais da República, conforme art. 3º, III, da Constituição Federal.

Esse pilar se explicita não só na redução dos prazos para o usucapião²⁴⁹, como também na redação dos arts. 421 e 2.035, parágrafo único²⁵⁰, do Código Civil, dentre outros.

²⁴⁶ Dissertando sobre o art. 113 do Código Civil, Miguel Reale destaca que “nenhum dos artigos do novo Código Civil me parece tão rico de consequência como o art. 113, segundo o qual ‘os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração’. (...) Desdobrando essa norma em seus elementos constitutivos, verifica-se que ela consagra a eleição específica dos negócios jurídicos como disciplina preferida para regulação genérica dos fatos jurídicos, sendo fixadas, desde logo, a eticidade de sua hermenêutica, em função da boa-fé, bem como a sua socialidade, ao se fazer alusão aos ‘usos do lugar de sua celebração’. Eis aí já esboçada a incidência dos três princípios (eticidade, socialidade e operabilidade) que, a meu ver, presidem à atual Lei Civil”. (REALE, Miguel. **Estudos Preliminares do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 75)

²⁴⁷ **CC/2002, art. 113:** “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração;” **art. 422:** “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”.

²⁴⁸ DELGADO, José Augusto. A Ética e a Boa-Fé no Novo Código Civil. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). **Questões Controvertidas no Novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2003. p. 174.

²⁴⁹

| Código Civil de 2002 | Código Civil de 1916 |
|--|---|
| <p>Art. 1.238. Aquele que, por 15 (quinze) anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.</p> <p>Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a 10 (dez) anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.</p> | <p>Art. 550. Aquele que, por 20 (vinte) anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título e boa-fé que, em tal caso, se presume, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis.</p> |

²⁵⁰ **CC/2002, art. 421:** “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato;” **art. 2.035, parágrafo único:** “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código, para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

Aliás, a comunidade jurídica ainda não atribuiu à regra positivada no parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil brasileiro, a importância que lhe foi dada pelo legislador²⁵¹. Atente-se que o referido dispositivo é incisivo ao preconizar “que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como estabelecidos por este Código” como a socialidade e a eticidade. Não se trata, portanto, de mera diretriz, e sim, de norma cogente, isto é, obrigatória, vinculante. Ora, essa determinação implica não só a obrigatoriedade do seu cumprimento, mas também um direito indisponível.

Exige, pois, a funcionalização das titularidades, isto é, compreendê-las não só à luz dos interesses dos sujeitos proprietários, mas também albergar os interesses e direitos dos não proprietários, ou seja, atribuir-lhes utilidade, impondo-lhes um caráter social.

Já a operabilidade tem por objetivo facilitar a interpretação e aplicação do direito pelo seu operador. Exemplo disso é o fato de que o Código Civil procurou diminuir as discussões envolvendo o instituto da prescrição e da decadência, tanto que enumerou “na Parte Geral, os casos de prescrição, em *numerus clausus*, sendo as hipóteses de decadência prevista em imediata conexão com a disposição normativa que estabelece. Assim é que, por exemplo, após o artigo declarar qual a responsabilidade do construtor de edifícios pela higidez da obra, é estabelecido o prazo de decadência para ser exigida”²⁵².

Esse pilar busca também facilitar sua compreensão gramatical, ou seja, almeja uma linguagem “clara e singela, sem cair nos desvãos das modernices que desfiguram o idioma e conspurcam a gramática. Procuram os legisladores dar-lhe construção lingüística de modo a facilitar tanto quanto possível a interpretação gramatical”²⁵³. Não se pode olvidar, porém, que a interpretação gramatical por si só, em determinados casos pode levar o intérprete a equívocos. Nesse sentido, a advertência de Luís Roberto Barroso: “Embora o espírito da norma deva ser pesquisado a partir de sua letra, cumpre evitar o excesso de apego ao texto, que pode conduzir à injustiça, à fraude e até ao ridículo”²⁵⁴. E continua o renomado constitucionalista:

Em passagem deliciosamente espirituosa, o ex-Ministro Luiz Gallotti, do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o recurso extraordinário naquela eg.

²⁵¹ Registre-se que existem autores que advogam a idéia de inconstitucionalidade parcial desse artigo, dentre os quais: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional...**, p. 164-165 e SANTOS, Antonio Jeová. **Direito Intertemporal e o Novo Código Civil: aplicações da Lei 10.406/2002**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 74-84.

²⁵² REALE, Miguel. **Visão geral do novo Código Civil...**, p. 14.

²⁵³ SIDOU, J. M. Othon. **Sobre o Novo Código Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 44-45.

²⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição...**, p. 120.

Corte, assinalou: “De todas, a interpretação literal é a pior. Foi por ela que Clélia, na *Chartreuse de Parme*, de Stendhal, havendo feito um voto a Nossa Senhora de que não mais veria seu amante Fabrício, passou a recebê-lo na mais absoluta escuridão, supondo que assim estaria cumprindo o compromisso²⁵⁵.”

Pois bem. Retomando a análise do princípio da operabilidade, registre-se que carrega consigo o princípio da concretude, isto é, “a obrigação que tem o legislador de não legislar em abstrato, mas, tanto quanto possível, legislar para o indivíduo situado”²⁵⁶.

Ora, em se tratando do Direito de Empresa no Código Civil a concretude dos seus pilares fundamentais (eticidade, socialidade e operabilidade) exige a concretização do princípio da preservação da empresa, erigindo-o, pois, como linha mestra do seu Livro II, denominado Direito de Empresa, ainda que considerado como derivado dos pilares básicos ou mesmo postulado normativo, observada aqui a classificação sugerida por Humberto Ávila²⁵⁷.

Em outras palavras, o Direito da Empresa no Código Civil está respaldado no princípio da preservação da empresa, mesmo porque se buscou estabelecer uma ligação íntima com as estruturas constitucionais²⁵⁸. Afinal, conforme já demonstrado, se a Constituição Federal defende o princípio da preservação da empresa como princípio – não escrito – da ordem econômica nacional, inexoravelmente, o novo Código Civil não pode divergir dessa imposição, mesmo porque a nova ordem econômica “não se esgota no nível constitucional, compondo-se por inúmeras normas infraconstitucionais”²⁵⁹.

Advirta-se, porém, que embora o Código Civil brasileiro, no Livro II trate do “Direito da Empresa”, não houve a unificação total do direito civil com o direito comercial, exceto no que diz respeito ao direito das obrigações, vez que “o direito de empresa, na estrutura do código, é uma projeção natural e imediata das obrigações”²⁶⁰. Como bem observa Sérgio Campinho, o novo Código Civil (Lei 10.406/02) “imprime consideráveis modificações

²⁵⁵ No mesmo sentido, o comentário irônico de Luiz R. Nuñez Padilha: “A interpretação literal é perigosa. Registra a crônica jurídica que um de seus mais ardorosos defensores foi encontrado carbonizado, numa estranha posição invertida, com um dos braços esticados e o dedo indicador em riste. Ao seu lado, um extintor de incêndio não utilizado, com as inscrições: ‘em caso de incêndio, vire de cabeça para baixo e aponte para o fogo’”. (PADILHA, Luiz R. Nuñez. Nova lei de falências. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 80, p. 149, out./dez. 1995)

²⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 25.

²⁵⁷ Humberto Ávila defende os postulados “como normas estruturantes da aplicação de princípios e regras”, ou seja, “normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios”. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios...**, p. 82-120)

²⁵⁸ REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil...**, p. 168.

²⁵⁹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988...**, p. 57.

²⁶⁰ HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Op. cit.*, p. 9.

ao clássico Direito Comercial, promovendo a unificação do direito obrigacional e consagrando, de forma definitiva, a teoria da empresa em nossa estrutura legislativa”²⁶¹. Não obstante, há que se destacar que o Direito Comercial continuará como um ramo do direito privado, coexistindo com o direito civil²⁶², mesmo porque possuem intenso relacionamento²⁶³. Em apertada síntese, conclui-se, pois, que “o novo Código Civil não abrange todo o Direito Privado, mas tão-somente as questões emergem da unidade do Direito das Obrigações, como é o caso das normas relativas à atividade empresarial, permanecendo, pois, intocável o Direito Comercial com a respectiva legislação especial”²⁶⁴.

Saliente-se, assim, que, para o estudo do direito, é irrelevante a opção política adotada pelo legislador, isto é, reunir em um ou em dois, ou mais códigos, normas empresariais. Ao enfrentar o tema, o Oscar Barreto Filho leciona que

mister distinguir a unificação formal da unificação substancial, que se contrapõem à tese da autonomia dos ramos jurídicos compreendidos no âmbito do direito privado (direito civil, direito comercial, direito agrário e direito do trabalho). A autonomia formal de um ramo do Direito diz respeito apenas à especificidade das fontes dogmáticas, das quais emanem as respectivas normas. Existirá, contudo, autonomia substancial de um ramo jurídico quando se pode estabelecer, de maneira científica a diferença de conteúdo entre a matéria que lhe é própria e as outras ciências jurídicas, pouco importando se se acham, ou não, englobadas dentro do mesmo corpo da lei. (...) Na verdade, o único problema que apresenta relevância no plano científico é o da autonomia substancial dos ramos do direito privado, pois a questão da unificação ou autonomia formal constitui apenas um dado de conveniência ou oportunidade, no plano da política legislador²⁶⁵.

O atual Código Civil, portanto, não absorve o Direito Comercial. Ao contrário, realça sua importância quando ratifica que matérias, como sociedade por ações, continuam regulamentadas pela legislação esparsa. Outro exemplo que respalda o pensamento aqui defendido, reside na redação do art. 903 do Código Civil²⁶⁶, o qual, em outras palavras,

²⁶¹ CAMPINHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 1.

²⁶² Sobre a dicotomia do Direito Privado e tentativas de unificação, ler, dentre outros: GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. **Apontamentos de Direito Comercial...**, p. 19-22; MARTINS, Fran. *Op. cit.*, p. 32-37; REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 23. ed., p. 18-24.

²⁶³ “Tantos e tão intensos são os vínculos entre as duas disciplinas que não é possível conhecer o Direito Comercial sem prévia e ampla compreensão do Direito Civil, notadamente do que se contém na sua Parte Geral e no Livro das Obrigações.” (GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. **Manual de Direito Comercial...**, p. 17-18)

²⁶⁴ REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil...**, p. 181.

²⁶⁵ BARRETO FILHO, Oscar. O Projeto de Código Civil e Normas sobre Atividade Negocial. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 7, p. 65, dez. 1975.

²⁶⁶ **CC/2002, art. 903**: “Salvo disposição diversa em lei especial, regem-se os títulos de crédito pelo disposto neste Código”.

esclarece que as disposições relativas aos títulos de créditos contidas no Código não se aplicam aos títulos de crédito já existentes²⁶⁷.

Dito isso, já se pode finalizar, aduzindo que o direito civil e o direito comercial ainda coexistem em separado, embora, no que se refira às obrigações, o Código Civil brasileiro tenha consumado uma unificação material, cujo impacto se faz sentir ao disciplinar a figura do sujeito empresário²⁶⁸.

Essa unificação material dos direitos das obrigações, destaque-se, reforça o papel do sujeito real de direitos, mesmo quando se trata de relações empresariais, uma vez que no direito das obrigações do Código Civil de 2002, “há um manancial de normas reveladoras da disposição da comissão elaboradora em transformar o partícipe de uma relação obrigacional em uma pessoa real. Basta remeter o estudioso a conceitos flexíveis, como “circunstâncias do caso”, “natureza da situação” e “usos do lugar”²⁶⁹. Para Judith Martins-Costa, aliás, a boa-fé²⁷⁰ é o fundamento do direito obrigacional no Código Civil, interligando-o “aos regimes específicos do Direito Contratual, do Enriquecimento sem Causa, dos Títulos de Crédito, do Direito da Empresa e da Obrigação de Indenizar, bem como aos comandos abrangentes da Parte Geral”²⁷¹.

Inegável, pois, o dever de o empresário pautar-se por um modelo de conduta no exercício de sua atividade, fundado (logicamente) na boa-fé. Segundo Renan Lotufo, “a boa-fé negocial traduz-se no dever de cada parte agir de forma a não defraudar a confiança da outra parte”²⁷², razão pela qual constata-se que, ainda que a relação obrigacional venha a ser constituída pela vontade dos agentes, a boa-fé passou a desempenhar uma função integrativa desses negócios. Para Nelson Rosenvald, no entanto, “A boa-fé é mais que um princípio, é o próprio fundamento constitutivo de qualquer relação obrigacional. A cooperação é a base das relações humanas. Por trás da boa-fé reside a valoração ética do cuidado, da atenção, do substrato mínimo para a vida em sociedade”²⁷³.

²⁶⁷ Sobre a polêmica envolvendo a redação do art. 903 do CC/2002, ver: LUCÇA, Newton de. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XII: Dos atos unilaterais, dos títulos de crédito, p. 228-237.

²⁶⁸ TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A Parte Geral do Novo Código Civil**..., p. XVIII.

²⁶⁹ ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 73.

²⁷⁰ Sobre o princípio da boa-fé, dentre outros, ver: MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999; CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

²⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5, t. 1, p. 45-46.

²⁷² LOTUFO, Renan. *Op. cit.*, p. 315.

²⁷³ ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 171.

A importância atribuída pelo Código Civil ao princípio da boa-fé é clarividente pelo simples fato de que foi erigido à cláusula geral, conforme se constata da redação dos arts. 113, 187 e 422; *verbis*:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé²⁷⁴.

A boa-fé, portanto, não só coexiste, como também auxilia e reforça a idéia da defesa do princípio da preservação da empresa. Essa aproximação, de acordo com Ruy Rosado de Aguiar, serve para esclarecer que a boa-fé “não é apenas um conceito ético, mas também econômico”²⁷⁵, razão pela qual, citando como exemplo a necessidade de privilegiar a conservação de determinado grupo de consórcio em detrimento do interesse de consorciado desistente (por intermédio de declaração de nulidade de cláusula contratual) em receber imediatamente a devolução de suas parcelas, sem aguardar o encerramento do respectivo grupo, esclarece que “a boa-fé não serve tão-só para a defesa do débito, mas também atua como fundamento para orientar interpretação garantidora da ordem econômica, compatibilizando interesses contraditórios, onde eventualmente poderá prevalecer o interesse contrário ao do consumidor, ainda que a sacrifício deste, se o interesse social prevalente assim determinar”²⁷⁶.

Portanto, em se tratando de Direito de Empresa, no Código Civil o princípio da boa-fé deve ser concretizado com o intuito de impulsionar a preservação da empresa, elevada como viga essencial do Direito de Empresa no Código Civil, como passaremos a analisar.

²⁷⁴ BRASIL. **Código Civil/2002**.

²⁷⁵ AGUIAR JUNIOR, Rui Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, p. 22, abr./jun. 1995.

²⁷⁶ *Idem*, p. 22.

1.2 Estrutura do Direito de Empresa na Ótica da Comissão Elaboradora do Código Civil

Análise açodada e superficial do Código Civil implica sustentar que o Direito de Empresa encontra-se dividido da seguinte forma: Título I – “Do Empresário”; Título II – “Da Sociedade”; Título: “Do Estabelecimento”; Título IV: “Institutos Complementares”. A referida estrutura, porém, busca tão-somente facilitar a compreensão do Direito de Empresa no Código Civil, mesmo porque não tratou de simples incorporação de regras do Código Comercial ou mesmo do Decreto 3.708/19, que tratava das sociedades por cotas de responsabilidade limitada. Ao contrário, “inovou ao dimensionar o conceito de comerciante, denominando-o *empresário*, e ao operar profunda modificação no instituto da sociedade”²⁷⁷. Seu conteúdo, com efeito, funda-se no instituto da preservação da empresa, que, por sua vez, constitui o fio condutor e ligação entre todos os títulos.

Por ocasião do exame da figura do empresário, o Código Civil já demonstra a importância em propiciar meios para a preservação e continuidade da atividade exercida por esse sujeito, uma vez que é fonte de tributos, empregos e divisas, propiciando, pois, benefícios à sociedade em geral. Exemplo disso deriva da norma positivada no art. 974 do CC/2002²⁷⁸ que trata da pessoa do incapaz.

Com efeito, o Código Civil de 2002 inova ao permitir que o incapaz, devidamente assistido por meio de representante, possa continuar o exercício da atividade empresarial (até então administrada sozinha por ele enquanto capaz), ainda que mediante autorização judicial. Em que pese certa apreensão de parcela da doutrina nacional quanto à concretização dessa inovação²⁷⁹, ao nosso ver, merece aplausos o novo Código Civil quando admite que o incapaz continue a atividade empresarial, ainda que sujeito a restrições. Afinal, sob a égide do antigo Código Civil, sobrevivendo a incapacidade, isto é, a interdição do sujeito, era defeso ao Juiz autorizar a continuação da empresa, em que pese os prejuízos causados a coletividade em

²⁷⁷ SIDOU, J. M. Othon. *Op. cit.*, p. 145-146.

²⁷⁸ **CC/2002, art. 974:** “Poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança”.

²⁷⁹ Para Carlos Celso Orcesi da Costa, no entanto, é discutível “se o juiz seria a pessoa mais indicada para bem avaliar da conveniência ou não da continuidade da empresa, até por princípios experimentais de inata prudência, apanágio da magistratura, que em geral colidem com o figurino oposto e ousado do empreendedorismo. Todavia, isso em boa parte é irrelevante, visto que se cuida de norma cogente, cumprindo ao juiz colocar-se na situação concreta não de acordo com a sua postura “pessoal”, mas conforme o padrão objetivo do *diligens partes famílias*, o padrão do homem médio, não se podendo desmerecer o fato de que algum responsável esteja se dispondo, esteja querendo, em nome do incapaz, continuar a atividade produtiva. Nesse balanço de interesses a tendência será antes deferir do que negar. Até porque à sociedade como um todo interessa o fomento da atividade capitalista, produtora de riqueza e geradora de empregos. A própria existência do conceito abstrato de empresa envolve um conjunto de interesses sociais voltados à produção”. (COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Op. cit.*, p. 73)

razão da paralisação. O Código Comercial do mesmo modo, de acordo com a redação do seu art. 336, n. 2²⁸⁰, preconizava que a sociedade poderia ser dissolvida, por incapacidade de um dos sócios. Em outras palavras, antes do advento do atual Código Civil caso o sócio administrador de uma sociedade empresária viesse a se tornar incapaz (como, por exemplo, em decorrência de acidente de trânsito ou mesmo sério abalo emocional), inexoravelmente, a sociedade era dissolvida, com o encerramento de suas atividades, causando, pois, conseqüências nefastas a toda a coletividade envolvida. Afinal, os funcionários ficavam desempregados. O Estado deixava de recolher tributos derivados daquela atividade econômica organizada. Os fornecedores ficavam impossibilitados de fornecer matéria-prima e assim sucessivamente ocorria com os demais envolvidos na cadeia empresarial. Essa malsinada situação, contudo, encontra-se afastada pelo novo Código Civil. Nesse sentido são os comentários de José Maria Trepat Cases:

A incapacidade absoluta ou relativa superveniente de quem exercia atividade empresária, ou quem tenha de exercê-la por força de sucessão, não interromperá a continuação da empresa, fazendo-o por meio de representante ou assistente. A continuação da atividade empresária dar-se-á por autorização judicial, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou interdito, quanto à viabilidade de continuação da atividade, sem que a continuação ou interrupção cause prejuízos a terceiros²⁸¹.

Conclui-se, pois, que do texto do art. 974 do atual Código Civil extrai-se o princípio da preservação da empresa, uma vez que o legislador optou pela separação da sorte da empresa e da do empresário, sem, contudo, olvidar de continuar tutelando o patrimônio particular do incapaz, uma vez que esse patrimônio específico não se sujeita aos riscos inerentes do exercício da atividade empresarial²⁸², ou seja, não serve como garantia ao pagamento de eventuais débitos.

A preservação da empresa, na verdade, impregna todo o Título II do Livro II do Direito da Empresa, denominado “Da Sociedade”. Para sustentar essa alegação, basta se socorrer regra positivada no art. 1.033, IV: “Dissolve-se a sociedade quando ocorrer: (...): a

²⁸⁰ **Ccom./1850, art. 336:** “As mesmas sociedades podem ser dissolvidas judicialmente, antes do período marcado no contrato, a requerimento de qualquer dos sócios: (...) II – Por inabilidade de alguns dos sócios, ou incapacidade moral ou civil, julgada por sentença;”

²⁸¹ CASES, José Maria Trepat. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Código Civil Anotado**. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 662.

²⁸² **CC/2002, art. 974, § 2º:** “Não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela, devendo tais fatos constarem do alvará que conceder a autorização”.

falta da pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias”, sepultando em definitivo a possibilidade de extinção de sociedade composta por apenas dois sócios, na hipótese de afastamento de um deles, muito embora, antes do advento do Código Civil, por força de criação jurisprudencial²⁸³, já se admitia a sua continuidade, ainda que reduzida a um único sócio, em que pese a regra contida no artigo do 335, V do vetusto Código Comercial²⁸⁴. Nesse sentido precedente oriundo do Superior Tribunal de Justiça:

I – Se um dos sócios de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada pretende dar-lhe continuidade, como na hipótese, mesmo contra a vontade da maioria, que busca a sua dissolução total, deve-se prestigiar o princípio da preservação da empresa, acolhendo-se o pedido de sua desconstituição apenas parcial, formulado por aquela, pois a sua continuidade ajusta-se ao interesse coletivo, por importar em geração de empregos, em pagamento de impostos, em promoção do desenvolvimento das comunidades em que se integra e em outros benefícios gerais.

II – Recurso conhecido e provido²⁸⁵.

No mesmo sentido precedente extraído do extinto Tribunal de Alçada do Paraná:

Pacífico é, entretanto, que a tendência de nítido caráter privatístico, outrora prevalente, permitindo a dissolução da sociedade diante da mínima desavença entre os sócios modificou-se nos dias atuais. Modernamente, a vontade individual do sócio dissidente em dissolvê-la, decorrente, em geral, do descontentamento com a administração da sociedade, é suplantada pela preponderante função social da empresa, a determinar a conservação ou preservação do ente social. A superação da doutrina individualista possibilitou, pois, a denominada dissolução parcial, pela qual se permite a desconstituição parcial da sociedade por vontade de um dos sócios, continuando a integrá-la os sócios remanescentes e apurando-se os haveres do quotista dissociado. (PARANÁ. Tribunal de Alçada – Apelação Civil 55.571-9, de Curitiba – 10ª Vara – Acórdão 5.769 – 3ª Ccív. – Rel. Juiz Telmo Cherm)

²⁸³ Há que se destacar, como bem registra Paulo Salvador Frontini que “a figura pessoal do sócio esmaece-se em face da realidade funcional da atividade, que a sociedade desenvolve. Este deve continuar, como verdadeira coisa principal, sendo substituíveis os sócios, como algo acessório, fungível. No âmago desse fenômeno, como que a alimentá-lo, está o *princípio da preservação da empresa*. A jurisprudência, nos casos citados, e em tantos outros, faz que de proclamá-lo. Assim, o princípio de preservação da empresa, (...) vem se alçando ao patamar matriz legitimadora dos negócios jurídicos celebrados no plano societário e também em diversas configurações jurídicas contemporâneas”. (FRONTINI, Paulo Salvador. Sociedade por quota – morte de um dos sócios – herdeiros pretendendo a dissolução parcial – dissolução total requerida pela maioria social – continuidade da empresa. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Malheiros, n. 116, p. 178, jul./set. 2001)

²⁸⁴ **Ccom./1850, art. 335, V**: “As sociedades reputam-se dissolvidas: (...) V – por vontade de um dos sócios, sendo a sociedade celebrada por tempo indeterminado.”

²⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. REsp. 61.278/SP – 4ª Turma – Rel. Min. César Asfor Rocha. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Malheiros, n. 116, p. 171.

O novo Código Civil brasileiro, portanto, no artigo em análise, positiva o entendimento jurisprudencial predominante e, por conseguinte, realça o pilar da preservação da empresa. O referido princípio (ou mesmo o postulado normativo, caso assim queiram), também é externado quando o Livro II do Código Civil, denominado Direito de Empresa, por intermédio do Título II, Subtítulo I, trata da Sociedade Não Personificada (arts. 986 até 990). Não fosse a preocupação do legislador em enfatizar e auxiliar o desenvolvimento e manutenção da atividade empresarial, por certo não se preocuparia em tentar resolver, ou mesmo direcionar, eventuais conflitos entre os sócios que antecedem a aquisição da personalidade jurídica, em que pese já exista atividade econômica organizada propriamente dita, ainda que em fase embrionária²⁸⁶, ressalvada, porém, a situação envolvendo a sociedade por ações, que possui regime específico, regulamentado pela Lei 6.404/76. Daí por que o CC tutela não só eventuais conflitos com os sócios, mas também os interesses de terceiros em razão das relações mantidas com a sociedade ainda não personificada, conforme se extrai da redação contida nos seus arts. 988 e 990:

Art. 988. Os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum.

(...)

Art. 990. Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade.

Sob outro enfoque, ao nosso modo de ver, a regra contida no art. 1.015, parágrafo único, incs. I, II, III, também, ressalta a preocupação preponderante do legislador com a manutenção da empresa em detrimento de interesses meramente patrimoniais do sócio, tanto que – embora exaustivamente – estabelece hipóteses que possibilitam a absolvição da sociedade, com a responsabilidade direta dos administradores perante terceiros. Cuida-se das seguintes hipóteses no CC/2002:

Art. 1.015. No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens móveis depende do que a maioria dos sócios decidir.

²⁸⁶ “A constituição da sociedade dá-se com a celebração do contrato de sociedade, previsto no art. 981 do novo Código Civil, como resultado da manifestação de vontade dos sócios. Contudo, a configuração de uma pessoa jurídica não está adstrita à celebração do contrato de sociedade, mas depende de sua inscrição perante o órgão legalmente competente, conforme dispõe o artigo 45 do novo Código Civil.” (WALD, Arnaldo. **Comentários ao novo Código Civil...**, p. 90)

Parágrafo único. O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses:

I – se a limitação dos poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade;

II – provando-se que era conhecida do terceiro;

III – tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade.

Nesse particular, há que se destacar que, embora privilegiando a importância da preservação da atividade empresarial, houve – ainda que indiretamente – uma positivação da perigosa teoria *ultra vires*. Explica-se.

Com efeito, a teoria *ultra vires* - surgida e abrandada na Inglaterra²⁸⁷ – não encontrou guarida no direito brasileiro, ou melhor, nunca adquiriu prestígio, e sim, resistências. Aqui sempre prevaleceu a proteção de terceiros de boa-fé e, portanto, a vinculação da sociedade com posterior direito de regresso junto aos administradores que excederam seus poderes e limites, beneficiando-se indevidamente. Talvez por isso, nesse particular, o Código Civil retrocede ao tentar positivar a teoria *ultra vires*²⁸⁸, a qual não se coaduna com os princípios da boa-fé e confiança, não só inerentes à atividade empresarial, como também, com as diretrizes estruturantes do próprio Código Civil, os quais, portanto, devem sempre prevalecer sobre a regra em análise, afastando, assim, na prática, eventual retrocesso. Relevante aqui, porém, é destacar a importância que o legislador dispensou ao princípio da preservação da empresa, ainda que a tentativa de (re)nascê-la teoria *ultra vires* consubstancie flagrante retrocesso.

Outro exemplo que enfatiza o princípio da continuidade e preservação da empresa como fio condutor do Código Civil, reside na regra positivada no art. 1.085, que permite a exclusão do sócio que está pondo em risco a continuidade da empresa, ainda que observado

²⁸⁷ “As cortes inglesas começam a formular a teoria, em meados do século XIX, com o objetivo de evitar desvios de finalidade na administração de sociedades por ações, e preservar os interesses de investidores. A racionalidade lógica da teoria *ultra vires* é sólida. De acordo com sua formulação estrita, qualquer ato praticado em nome da pessoa jurídica que extrapole o objeto social é nulo. (...) Ao longo do século XX, diluiu-se o rigor da teoria. De nulo, o ato exorbitante do objeto social passou a ser *inimputável* à pessoa jurídica. O terceiro podia demandar o cumprimento das obrigações pelo diretor da sociedade. Outra flexibilização deu importância à boa-fé do contratante, reconhecendo-lhe o direito de exigir da própria sociedade o cumprimento do contrato extravagante, se justificável o desconhecimento da cláusula delimitadora do objeto social (FARRAR-HANNIGNA, 1985, p. 107). Com a adesão do Reino Unido à Comunidade Econômica Européia, as necessidades de harmonização do direito-custo fizeram com que, em 1989, a teoria *ultra vires* fosse definitivamente descartada. Nos Estados Unidos, ela, hoje, é lembrada, basicamente, na responsabilização de administrador por ato de liberalidade praticado à custa da companhia (SOLOMON-SCHWARTZ-BAUMAN, 1982, p. 161), senão como assunto de mera curiosidade histórica (CLARK, 1986, p. 675)”. (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 5. ed. rev e atual. de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2, p. 445-446)

²⁸⁸ Nesse sentido, dentre outros, GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. **Lições de Direito Societário**: regime vigente e inovações do novo Código Civil. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 24.

previamente o exercício do direito de defesa em assembléia²⁸⁹. O próprio art. 1.029 do mesmo diploma²⁹⁰, se coaduna e reforça essa preocupação, ao estabelecer a faculdade de que qualquer sócio pode retirar-se da sociedade, sem prejuízo de sua continuidade. Reflete, também, a função social dos contratos, corolário da função social da propriedade, sendo que para compreender o desenvolvimento desse novo paradigma, basta ver “a construção do princípio da preservação da empresa, orientador de tantas decisões pretorianas”²⁹¹.

É notório, também, que o Código Civil se preocupou em proteger os interesses dos sócios minoritários, o que – pelo menos em tese – pode suscitar opiniões no sentido que aqui houve total desconsideração do princípio da preservação da empresa, do que discordo. Explico.

Efetivamente, o Código Civil – ainda que inconscientemente – despendeu excessiva preocupação com a proteção do sócio minoritário, quiçá pelo fato que salientou a preocupação de reorganizar as instituições empresariais regidas por antigas leis que serviam de cobertura a odiosos privilégios da maioria²⁹².

Ora, a preocupação com a proteção dos interesses dos sócios minoritários não é incompatível com a obrigatoriedade de preservação da empresa. Ao contrário, aumenta a confiança e o interesse público do investidor na aplicação de valores em prol do desenvolvimento da empresa. Portanto, há que se decidir, observado o caso concreto, qual dos institutos se sobrepõe naquela situação fática, sendo que, para tanto, indispensável se socorrer do método da ponderação. Mesmo assim, ambos derivam do pilar da socialidade, sendo que a explicitação de regras em favor dos sócios minoritários, por certo, gera confiança não só desses, como a de terceiros, propiciando, pois, investimentos e, em consequência, o desenvolvimento e preservação da atividade empresarial.

²⁸⁹ **CC/2002, art. 1.085:** “Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa. **Parágrafo único.** A exclusão somente poderá ser determinada em reunião ou assembléia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa”.

²⁹⁰ **CC/2002, art. 1.029:** “Além dos casos previstos na lei ou contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa”.

²⁹¹ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Mercantil**. Nova Série. São Paulo: Malheiros, v. 42, n. 130, p. 34, abr./jun. 2003.

²⁹² REALE, Miguel. **Estudos Preliminares do Código Civil...**, p. 31.

Esse pensamento, ademais, encontra guarida no art. 1.030 do CC/2002²⁹³, ainda que uma primeira leitura gere a impressão que pode o sócio ser excluído judicialmente, somente “mediante iniciativa da maioria dos demais sócios”, como informa Carlos Celso Orcesi da Costa: “Sem dúvida o art. 1.030 tem primorosa redação; e, se consciente, como presumimos, beira a perfeição. É que, não obstante uma primeira impressão de que se cuide de exclusão apenas pela maioria, bem analisado, o texto permite inclusive a exclusão pela minoria, quando exclui o sócio em xeque da deliberação de ingressar ou não com a lide”²⁹⁴.

Assim, consoante sua melhor exegese, o artigo em exame admite a possibilidade de que a minoria possa excluir o sócio majoritário da sociedade, desde que em situações excepcionais e com o intuito de preservar a sobrevivência da empresa e, em conseqüência, o exercício de sua função social. Defende-se, inclusive, que essa faculdade outorgada à minoria (em caráter excepcional), não se resume a determinadas situações fáticas hipotéticas nas quais o sócio detentor da maioria do capital, dada a impossibilidade de participar da deliberação, assume a condição de minoritário²⁹⁵, mas principalmente, para preservar a continuidade e preservação da empresa, razão pela qual, A. J. Avelãs Nunes defende que “esta idéia, de que o Direito deve facilitar às sociedades comerciais o afastamento dos sócios que, com culpa ou sem culpa, não contribuam para a realização do escopo comum, satisfaz também os interesses gerais da contratação. Os terceiros que contratam com uma sociedade têm todo o interesse na estabilidade e prosperidade da empresa social”²⁹⁶.

A interpretação que se propõe ao texto do art. 1.030 do CC/2002 apóia-se não só na inexistência de proibição expressa de o minoritário postular a exclusão judicial do majoritário, em benefício da conservação da empresa, como também, na interpretação sistemática do Código Civil, estruturado na boa-fé, sem prejuízo do seu dever de submissão aos princípios orientadores da Constituição Federal, dentre os quais, o da própria preservação da empresa, como já demonstrado. Respalda-se, também, na idéia defendida por A. J. Avelãs Nunes de ver na exclusão do sócio uma conseqüência do princípio da conservação da empresa social²⁹⁷. Em sendo assim, o sócio poderá ser excluído sempre que verificada sua má-fé (ainda que

²⁹³ **CC/2002, art. 1.030:** “Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente”.

²⁹⁴ COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Op. cit.*, p. 168.

²⁹⁵ Nesse sentido, os exemplos citados por WALD, Arnoldo. **Comentários ano Novo Código Civil**, do direito de empresa. (Coord: Sálvio de Figueiredo Teixeira). Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 14, liv. 2 p. 237-238; e COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Op. cit.*, p. 168.

²⁹⁶ NUNES, A. J. Avelãs. **O Direito de Exclusão de Sócios nas Sociedades Comerciais**. São Paulo: Cultural Paulista, 2001. p. 59.

²⁹⁷ NUNES, A. J. Avelãs. *Op. cit.*, p. 59.

positivada sobre a locução *justa causa*²⁹⁸) “independentemente do volume de sua participação na sociedade, desde que verificada causa justa para tanto e sempre em benefício imediato da própria sociedade”²⁹⁹. Em conseqüência, nesse particular, os juízes desempenham uma função especial, vez que detêm o poder e o dever de coibir a prática dos atos abusivos dos sócios majoritários. Incumbe, então, que “descubram, definam, harmonizem e justifiquem o peso concedido aos diferentes interesses e valores societários, que determinem os princípios constitucionais que subjazem à decisão do caso particular”³⁰⁰.

A preservação da empresa como princípio estruturante do Código Civil, também, ficou revelada na influência que exerceu no relator do Projeto de Lei 71/03, externada no Parecer 534, de 2004, que redundou na posterior Lei 11.101/05, denominada Lei de Recuperação de Empresas e Falência³⁰¹, que, ao tratar da noção de empresário, registrou sua preocupação em “evitar interpretações equivocadas e aproveitar do Código Civil”³⁰². Entendo, portanto, que, se a legislação extravagante que trata exclusivamente da recuperação (preservação) de empresas utilizou como instrumental teórico o Código Civil, inexoravelmente, o princípio da preservação da empresa foi erigido à linha mestra do próprio Código Civil. Reforça esse pensamento, a redação dos arts. 1º e 47 da Lei 11.101/05 em exame, a saber:

Art. 1º. Esta lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

(...)

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos

²⁹⁸ Registre-se que, segundo Vera Helena de Mello Franco, o que é relevante para autorizar a despedida de um sócio é a existência de justa causa, cuja exclusão, nessa hipótese, pode ser postulada até por um sócio minoritário. (Ver FRANCO, Vera Helena de Mello. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 1 – O Empresário e seus Auxiliares – O Estabelecimento Comercial – As Sociedades, p. 245)

²⁹⁹ BERTOLDI, Marcelo M. *Op. cit.*, p. 229.

³⁰⁰ QUEIROZ, Cristina M. M. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial**. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 266.

³⁰¹ Sobre a comparação entre o texto da antiga Lei de Falências (Decreto-lei 7.661/45) e da recente Lei 11.101/05 que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, ver, dentre outros: CLARO, Carlos Roberto. **Falência & Recuperação**. Curitiba: Juruá, 2005.

³⁰² TEBET, Ramez. Parecer 534, de 2004, sobre o Projeto de Lei da Câmara n. 71, de 2003 (n. 4.376/93, na Casa de origem), de iniciativa do Presidente da República, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência de devedores pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. Publicado no Diário do Senado Federal em 10.06.2004 – p. 17.856 a 17.941.

interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica³⁰³.

Defende-se esse pensamento pelo simples fato de que, se a lei específica que trata da recuperação judicial da empresa utiliza como referencial as noções extraídas do Código Civil, inexoravelmente, as diretrizes desse diploma não poderiam respaldar entendimento diverso, sob pena de manifesta contradição.

Prova disso reside no fato que a própria doutrina especializada, que se debruça sobre os institutos jurídicos da falência e da recuperação judicial e extrajudicial, destaca que o Código Civil serviu como referencial para definir a disciplina dos referidos institutos, o que levou Mauro R. Penteadó a consignar a seguinte advertência: “Os conceitos de empresário e sociedade empresária, do ponto de vista legal, constam do Código Civil de 2002, e é nele e na doutrina que vem sendo elaborada em torno da nova codificação de nosso direito privado, que deve ser aprofundada a matéria, e não, em comentários breves e de primeira mão sobre a nova Lei de Falências e das Recuperações”³⁰⁴.

Nesse sentido, recente julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul³⁰⁵, da lavra do Desembargador Ubirajara Mach de Oliveira, que, ao reformar sentença declaratória de falência, não aplicou o princípio da preservação da empresa, como no corpo do acórdão consignou que, “não obstante o princípio da preservação da empresa tenha sido contemplado de forma expressa somente na nova Lei de Falências, sua aplicação vem sendo consagrada pela jurisprudência. Decorre, outrossim, da interpretação sistemática do Novo Código Civil, da Lei n.11.101/2005 e do Decreto-lei n.7.661/45”.

³⁰³ Destaque-se aqui que, “diversamente da antiga Lei de Falências, a nova lei pretende viabilizar a superação das crises econômico-financeiras das empresas, evitando a falência e preservando a fonte produtora, para que continue produzindo, gerando emprego, renda e tributos. Com isso, forma-se um cenário de estímulo à produção, aos investimentos e à proteção do crédito no país, o que representa uma vantagem para devedores, credores, funcionários e para a própria economia brasileira”. (CASTRO, Eduardo Spinola. A arbitragem e a nova Lei de Falências. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; ARAGÃO, Leandro dos Santos de (Coord.). **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 134)

³⁰⁴ PENTEADO, Mauro R. Devedor na nova lei – empresário e sociedade empresária. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coords.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei n. 11.101/2005**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 92.

³⁰⁵ “**Agravo de instrumento. Falência. Pagamento do débito por decurso do prazo para o depósito elisivo e da prolação da sentença de quebra. Levantamento. Possibilidade.** Havendo o pagamento, pela falida, da integralidade do crédito da requerente e considerando a ausência de outros credores habilitados, possível o levantamento da falência. Circunstância com a qual anuíram a autora do pedido de quebra e a síndica. Aplicação do princípio da preservação da empresa, o que atende ainda à continuidade de relações de emprego. Demonstração de ter sido obstada, no quadro ora em exame, a insolvência que deu azo à decretação de quebra. Agravo provido.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal do Júri, 6ª Ccív. – Ag. Inst. 70012350278 – Rel. Des. Ubirajara Machado de Oliveira. Agravante: Furtado S/A – Comércio e Indústria. Agravado: Primo Tedesco S/A. – v. u. – j. em 26.03.2006)

Parece-nos óbvio, portanto, que, se a legislação específica que trata da recuperação de empresas, cujo escopo é a preservação delas³⁰⁶, utiliza como referencial o Código Civil, inexoravelmente, referido diploma não pode ser interpretado de forma diversa, isto é, desconsiderando, por completo, a obrigatoriedade preservação das empresas. Prova disso reside na importância atribuída pelo legislador aos sócios, ao exigir deles – excetuados os casos de emergência³⁰⁷ – por intermédio do art. 1.071³⁰⁸, deliberação para a decisão envolvendo eventual ajuizamento de pedido de recuperação judicial, o qual substituiu o instituto da concordata que vigorava por ocasião do advento do Código Civil³⁰⁹, razão pela qual, a leitura atualmente adequada dos arts. 1.071, VIII e 1.072, § 4º, significa pedido de recuperação judicial ou extrajudicial e não mais, concordata. Aqui, portanto, como se vê, não é suficiente o simples exercício de representação da sociedade por intermédio do seu administrador para o manejo de pedido judicial de recuperação judicial e, sim, indispensável à deliberação em assembléia de sócios, salvo em casos de emergência, o que reforça a idéia de preservação da empresa em razão do envolvimento de interesses e direitos múltiplos no desempenho de sua atividade.

A elevação da preservação da empresa como pilar do Livro II do Código Civil, inexoravelmente, gera repercussões, dentre as quais, destaque-se sua manifesta incompatibilidade com o abuso na utilização do instituto da desconsideração da personalidade

³⁰⁶ Na ótica do Senador Ramez Tebet, que funcionou como Relator PL 71/03 (na Câmara dos Deputados tombado sob o n. 4.376/93), que redundou na Lei 11.101/05, esse novo diploma possui doze (12) pilares essenciais, dentre os quais: “1) **Preservação da empresa**: em razão de sua função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País. Além disso, a extinção da empresa provoca a perda do agregado econômico representado pelos chamados intangíveis como nome, ponto comercial, reputação, marcas, clientela, rede de fornecedores, *know-how*, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros. 2) **Separação dos conceitos de empresa e de empresário**: a empresa é o conjunto organizado de capital e trabalho para a produção ou circulação de bens ou serviços. Não se deve confundir a empresa com a pessoa natural ou jurídica que a controla. Assim, é possível preservar uma empresa, ainda que haja a falência, desde que se logre aliená-la a outro empresário ou sociedade que continue sua atividade em bases eficientes. 3) **Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis**: sempre que for possível a manutenção da estrutura organizacional ou societária, ainda que com modificações, o Estado deve dar instrumentos e condições para que a empresa se recupere, estimulando, assim, a atividade empresarial (...).”

³⁰⁷ Cf. CC/2002, art. 1.072, § 4º.

³⁰⁸ **CC/2002, art. 1.071**: “Dependem da deliberação dos sócios, além de outras matérias indicadas na lei ou no contrato: (...) VII – o pedido de concordata”.

³⁰⁹ “Com a recente Lei de Falências (Lei 11.101, de 09.02.2005), a concordata deixou de existir. Em substituição, foram previstas a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial, tendo por objetivo viabilizar o saneamento da empresa e evitar a falência. (...) Assim, o dispositivo em exame deve ser entendido no sentido de que é matéria de deliberação dos sócios a autorização aos administradores para postular recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, nos moldes do novo regime legal falimentar.” (WALD, Arnold. **Comentários ao Novo Código Civil, do Direito de Empresa...**, p. 492)

jurídica³¹⁰, que, por sua vez, era para se constituir em situação excepcional, embora a realidade forense, em inúmeras oportunidades, demonstre exatamente o inverso, isto é, desvirtuamento, quando não, aplicação exagerada do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, o que exige reflexão, não só porque a doutrina já começa a enfatizar sua preocupação com essa perigosa tendência³¹¹, mas também pela origem e fundamentos da limitação da responsabilidade dos sócios, em determinadas espécies de sociedades, como sociedades por ações ou mesmo a sociedade limitada.

Afinal, é princípio assente no nosso direito pátrio que a pessoa jurídica não se confunde com a pessoa dos sócios. Desde há muito, já preconizava o art. 20 do revogado Código Civil brasileiro de 1916: “As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”. A respeito do dispositivo retro mencionado, J. M. Carvalho Santos sustentava que “é o princípio tradicional que caracteriza a pessoa jurídica (*Universitas distat a singulis*). As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros como uma conseqüência imediata da personificação da sociedade, que passa a ser uma unidade, não obstante a pluralidade de membros”³¹². Compartilha desse entendimento do mestre J. X. Carvalho de Mendonça:

Pessoa jurídica é “o ente que, não sendo homem, é provido de capacidade do direito”. Personalidade jurídica, traduz-se em capacidade e direito patrimoniais (...). Dessa noção sumaríssima decorrem os seguintes elementos essenciais da pessoa jurídica: 1º – a capacidade de determinar-se e agir para consecução dos seus fins.... 2º – o patrimônio autônomo, isto é, não pertence a nenhum dos indivíduos que a compõem 3º – as obrigações ativa e passivas a seu cargo exclusivo 4º – a representação em juízo³¹³.

Não fosse essa norma, inexoravelmente, o desenvolvimento da sociedade seria mais moroso. Afinal, sem ela, qualquer empresário bem-sucedido poderia sujeitar-se à insolvência, em questão de horas, ou seja, um simples negócio malsucedido poderia frustrar toda a atividade mercantil desenvolvida em outras empresas. Logicamente, nenhum empresário se

³¹⁰ Sobre a desconsideração da personalidade jurídica, ver: JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

³¹¹ Sobre assunto, dentre outros, ver: CEOLIN, Ana Caroline Santos. **Abusos na Aplicação da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial...**, p. 104-105.

³¹² SANTOS, J. M. Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 1, p. 389.

³¹³ MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. v. 3, p. 79.

arriscaria em uma nova empreitada com sócios diversos, caso sua responsabilidade pessoal não fosse limitada. Em razão disso, nasceram as pessoas jurídicas de responsabilidade limitada ou, mesmo, por ações e automaticamente, desenvolveram-se em quase todos os países do ocidente, uma vez que,

com a personificação da sociedade, o resultado prático que se busca é justamente a separação do patrimônio dos sócios em relação ao patrimônio da sociedade, pois os sócios contribuem para os fundos sociais com parcela de seus patrimônios. Transferem-nas para a sociedade, que passa a ser titular das mesmas, restando aos sócios o direito à participação nos lucros sociais, se houver, e também sobre o acervo social líquido, quando da extinção da sociedade. Veja-se, então, que as dívidas e os créditos dos sócios não se transformam em dívidas e créditos da sociedade; assim como as dívidas e os créditos da sociedade não se transmitem aos sócios. São pessoas – sociedade e sócios – distintas e independentes umas em relação às outras³¹⁴.

Todavia, com mente criativa, determinados indivíduos passaram a lesar terceiros e o mercado, sob o manto da pessoa jurídica. Em outras palavras, praticaram fraudes e abusos com apoio na teoria da personalidade jurídica. Entretanto, para coibir esse malefício, alguns juristas atentos à realidade comercial desenvolveram a teoria da “desconsideração da personalidade jurídica”, a qual evoluiu para o direito positivado, conforme se verifica na regra contida no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor³¹⁵, art. 50 do Código Civil brasileiro³¹⁶, dentre outros. Mas não é só.

O desenvolvimento da teoria da “desconsideração da personalidade jurídica” está solidificando uma tendência de generalizá-la, inadvertidamente. Em razão disso, a prática forense demonstra que, em determinadas ações (até mesmo em ações falimentares), juízes, com uma simples “canetada”, desconsideram a personalidade jurídica, invadindo o patrimônio da pessoa física, dos sócios e, até, de outras sociedades, o que, sem sombras de dúvidas, exige não só repressão, mas também a reconsideração do instituto, conforme informa Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa:

³¹⁴ BERTOLDI, Marcelo M. **Curso Avançado de Direito...**, p. 169.

³¹⁵ **CDC, Lei 8.078/90, art. 28:** “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

³¹⁶ **CC/2002, art. 50:** “Em casos de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos sócios administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

o abuso do instituto da desconsideração da personalidade jurídica desestimula a atividade empresarial, causando insegurança aos agentes econômicos e eventualmente os afastando da opção pelo exercício daquela, com prejuízo para a economia como um todo. Da desconsideração generalizada da personalidade jurídica, tal como se tem verificado em diversas áreas do Direito, deve-se passar à sua “reconsideração”, com o fortalecimento da atividade empresarial³¹⁷.

Esse pensamento, no entanto, não traduz a defesa da fraude ou de abusos. Não é isso. Busca-se, tão-somente, garantir a ampla defesa e o devido processo legal (assegurados na nossa Carta Magna – art. 5º, LIV e LV), bem como a aplicação responsável do instituto, principalmente no tocante às relações civis, evitando em consequência, a utilização como regra geral dos critérios previstos no Código de Defesa do Consumidor (art. 28) para a desconsideração da personalidade jurídica, mesmo porque sua incidência é restrita às relações de consumo. Nesse sentido é o Enunciado 51 aprovado na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica de Ruy Rosado de Aguiar, na ocasião, Ministro do Superior Tribunal de Justiça: “Enunciado n. 51: Art. 50: a teoria da desconsideração da personalidade jurídica – *disregard doctrine* – fica positivada no Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema”.

Portanto, se credores ou se magistrados pretendem desconsiderar a personalidade da jurídica ou mesmo responsabilizar pessoalmente os administradores, que o façam. Porém, em situações excepcionais asseguradas pelo nosso ordenamento e, mesmo assim, observado o devido processo legal. Afinal, “ao aplicar-se à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, deve-se verificar atentamente, se estão presentes os pressupostos reconhecidos pela doutrina como ensejadores de sua aplicação, para, somente ao depois, em caso de resposta afirmativa, proceder-se à sua efetiva aplicação”³¹⁸. Ou, como diz a jurisprudência aplicada, com a indispensável cautela:

Sociedade por cotas de Responsabilidade Limitada. Desconsideração da personalidade jurídica. Aplicação que requer cautela e zelo, sob pena de destruir o instituto da pessoa jurídica e olvidar os incontestáveis direitos da pessoa física. Necessidade de que seja apoiada em fatos concretos que

³¹⁷ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial...**, p. 105.

³¹⁸ ALVIM, Thereza. Aplicabilidade da teoria da desconsideração da pessoa jurídica no processo falimentar. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 87, p. 211 e ss., jul./set. 1997.

demonstrem o desvio da finalidade social da sociedade, com proveito ilícito dos sócios³¹⁹.

Ação de Falência. Extensão dos efeitos da quebra a outra sociedade controlada por sócios da falida. Ausência de comprovação de confusão patrimonial como fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica. Art. 50 do Código Civil^{320/321}.

Entendimento diverso, com o devido respeito, implica um retorno à Idade Média, onde inexistia a figura das sociedades de responsabilidade limitada ou por ações, o que, durante longo período, impediu o desenvolvimento da sociedade.

Mudam-se, pois, os tempos; permanecem, porém, os problemas e as controvérsias, em que pese o desenvolvimento tecnológico pela qual atravessa a sociedade contemporânea. Então, é de se indagar: Existe solução? A resposta é única: Existe. A solução está no estudo do direito empresarial, notadamente nos seus fundamentos e seus pilares. Para tanto, o debate e a pesquisa, desprovidos de vaidades, são imprescindíveis. Caso contrário, a instabilidade aumentará, cujo resultado não poderá ser outro, senão manifesta insegurança jurídica dos jurisdicionados, o que se presta apenas para aumentar a descrença da sociedade no Poder Judiciário³²².

A preservação da empresa, portanto, constitui-se na linha mestra do Direito de Empresa no Código Civil, mesmo porque não se pode mais admitir que o texto de lei venha a ser interpretado de modo rígido. É este o entendimento que vem se delineando, felizmente, nos Tribunais, inclusive no Superior Tribunal de Justiça. A propósito, cite-se:

³¹⁹ PARANÁ. Tribunal de Alçada – Ap. 529/90 – 2ª Câmara – Rel. Juiz Nei Carneiro Leal – j. em 18.04.1990. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, RT, n. 673, p. 160.

³²⁰ PARANÁ. Tribunal de Justiça – Ag. Inst. 0161362-9 – 5ª Câmara Cível – Acórdão 13.431 – Rel. Des. Fernando Vidal de Oliveira – 09.03.2005. Diário da Justiça do Paraná. Curitiba, mar. 2005.

³²¹ Do corpo desse acórdão, destaque-se a pertinente observação: “(...) sem que esteja presente a fraude, mantém-se a regra geral da autonomia patrimonial. E esta fraude, nos termos do art. 50 do Código Civil, deve ser demonstrada de forma objetiva, não podendo ser presumida. Assim, a alegação de confusão patrimonial deve estar acompanhada de comprovação no sentido de sua ocorrência, com a indicação de bens que integram indevidamente o patrimônio de outra pessoa que não o devedor. (...) o simples fato da identidade de sócios não faz presumir a ocorrência de fraudes”.

³²² A respeito Jorge de Oliveira Vargas informa que “A sociedade, de maneira geral, está descrente dos órgãos estatais. Em recente pesquisa divulgada no jornal “Novos Rumos” da Associação dos Magistrados do Paraná, feita pelo instituto *Vox Populi*, constatou-se que a confiança da sociedade no Judiciário é precária, pois dos entrevistados apenas 14% confiam sempre, 18% confiam na maior parte das vezes, 40% confiam poucas vezes e 27% não confiam nunca. Isso precisa ser urgentemente revisto e analisado, sob pena de a legitimidade deste Poder ficar comprometida”. (VARGAS, Jorge de Oliveira. **Responsabilidade Civil do Estado pela Demora na Prestação da Tutela Jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 1999. p. 17)

A preservação da empresa tem se constituído a principal preocupação do direito empresarial contemporâneo, diante do inegável abalo social produzido por uma quebra. No caso, ausente prejuízo a qualquer dos interessados, não há razão para declarar a nulidade de arrematação que não seguiu os estritos comandados do Código de Processo Civil. Valorização, no caso, da preservação da atividade em detrimento do formalismo procedimental. (...) ³²³

A melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar a injustiças ³²⁴.

Portanto, há que se desvendar o texto de lei. Senão vejamos.

1.3 Rigidez do Texto de Lei. Necessidade de Superação

A concretização da preservação da empresa e, por conseguinte, a elevação do sujeito como o centro do sistema, para a realização efetiva dos objetivos previstos na Constituição Federal, implica a obrigatoriedade da renovação da interpretação jurídica outorgada ao Direito Civil e, em conseqüência, ao Código Civil. Senão vejamos.

A atividade empresarial é essencialmente dinâmica. Diuturnamente na busca do lucro, o empresário inventa novos mecanismos para reduzir custos e desenvolver suas atividades. Por certo, o texto de lei não acompanha esse desenvolvimento na mesma velocidade. Há que se recusar, pois, a rigidez do texto de lei, mesmo porque não é possível imaginar abstratamente todas as possíveis condutas humanas positivando-as no Código.

Nessa perspectiva, há que se enfrentar a abstração e formalismo do texto de lei e a obrigatoriedade de constante adaptação aos valores e princípios eleitos pelo legislador constituinte. Lógico que um sistema fechado não se coaduna com essa perspectiva. Afinal, implica enfatizar a segurança jurídica e, por conseguinte, afastar influências externas (inclusive de outras ciências). Essa concepção de se visualizar o sistema jurídico impede a compreensão do direito a partir de uma experiência histórica, social e axiológica, reduzindo a

³²³ RIO GRANDE DO SUL – Tribunal do Júri – 2ª C. Esp. Cível – Ag. Inst. 70004703112 – Rel. Des. Ícaro Carvalho de Bem Osório – v. u. – j. em 30.10.2002.

³²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça, 4ª Turma – REsp. 299/RJ – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo – v. u. – j. em 28.08.1989. **RSTJ** 4/1.555.

atividade desenvolvida pelos Juízes, a um caráter meramente subsidiário (ou mesmo secundário) em face da vontade soberana do legislador. Conforme relata Sérgio Nojiri,

segundo os adeptos dessa corrente de pensamento, o fim último do jurista é o de desvendar o significado da lei, segundo um método declaratório, já que era traço característico dessa escola a convicção de que no sistema legal já estava implícito algo que competia ao intérprete tornar patente ou explícito, respondendo ao estímulo das hipóteses ocorrentes. Explicar as palavras do legislador, revelar toda a sua ressonância, mas subordinando-se a seus ditames, como tradução do querer comum, era a função do jurista³²⁵.

Esse modo de conceber o Direito, cujo maior expoente é Hans Kelsen, com efeito, não se ocupa do sujeito propriamente dito, mas sim, como deve agir diante de determinados fatos, tanto que recusa o diálogo com outras ciências como a economia, sociologia e psicologia, dentre outras. Extrai-se essa observação do próprio esclarecimento inicial de Kelsen contido na sua obra clássica, denominada **Teoria Pura do Direito**:

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. (...) não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. (...) Quer isso dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental³²⁶.

Aliás, como destaca Newton de Lucca³²⁷, a Teoria Pura do Direito, “conquanto tenha apresentado insuficientes resultados práticos, não deixa de ser a mais vigorosa tentativa de fundamentação do Direito, enquanto ciência”, muito embora não se possa olvidar que sob a retórica da legalidade do texto de lei, inúmeros governantes praticaram diversas atrocidades.

Contudo, em razão dos propósitos dessa investigação, mais importante do que ficarmos conceituando e investigando as diferenças entre um sistema jurídico fechado ou aberto³²⁸, é preocupar-nos com o bem-estar da pessoa e sua dignidade, mesmo porque o direito resulta da sociedade, tanto que, fazendo uso das palavras de Leon Duguit,

³²⁵ NOJIRI, Sérgio. **A Interpretação Judicial do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 51.

³²⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 1.

³²⁷ LUCCA, Newton de. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 36.

³²⁸ Sobre essa dicotomia destaque-se a observação de Paulo Nalin: “O sistema jurídico pode ser concebido em razão de sua proximidade com uma construção casuística afinado com a construção jurisprudencial, ou com o

a regra de direito, em sua aplicação, oscila em variações como as próprias formas da solidariedade social. A regra de direito, da forma como é concebida, não constitui uma regra ideal e absoluta, da qual os homens devam lutar por se aproximar sistematicamente, mas consiste em uma regra variável e mutável; e o papel do jurista determina qual a regra se conforma mais perfeitamente à estrutura de determinada sociedade³²⁹.

Ao operador do direito, então, incumbe concretizar o texto de lei, por intermédio da interpretação adequada do Código Civil. Inegável, no entanto, que esse modo agir implica a construção de um Código dinâmico e adaptável aos anseios e valores da sociedade (o que se coaduna com os pilares estabelecidos por Miguel Reale), até porque sempre há que se levar a sério a obrigação de que “dizer o que é direito é verificá-lo enquanto localizado espaço-temporalmente. O que significa compreender sua flutuação histórica e a possibilidade de sofrer mutações”³³⁰.

Prejudicada assim, qualquer tentativa de reduzir a tarefa do intérprete a simples subsunção do texto de lei. Há que incentivá-lo a buscar uma tomada de posição ativa frente aos objetivos estabelecidos pelo legislador constituinte. Ou como diz Perlingieri, a “solução para cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam”³³¹. Exemplo dessa postura reside no entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, em considerar como “entidade familiar”, para efeito de impenhorabilidade, o imóvel ocupado exclusivamente por sujeito solteiro. Destaque o seguinte julgado:

modelo da codificação. No primeiro está reconhecida a incapacidade de completude e modificação do sistema, ao passo que no segundo, não. O modelo codificado é designado de fechado, pois nada que seja Direito está fora do sistema do código, e tudo o que integra o sistema é Direito (...) O sistema aberto não se esgota em si ou nos seus elementos componentes, mas sim, na força jurisprudencial, deprendendo-se dele, sobretudo, uma finalidade evidenciada pela funcionalização dos institutos jurídicos. Ora, no sistema fechado mostra-se desnecessária qualquer aplicação funcional dos institutos jurídicos componentes, pois ele não se encontra comprometido com valores tais como a idéia de Direito e a justiça social, mas sim com o simples funcionamento do próprio sistema. A justiça passa a ser social quando se permite ao sistema ser informado como valores como: dignidade do homem, a busca da redução da pobreza e das diferenças regionais, a tutela dos hipossuficientes e vulneráveis etc.”. (NALIN, Paulo. **Do Contrato...**, p. 65-67)

³²⁹ DUGUIT, Leon. **Fundamentos do Direito**. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996. p. 27.

³³⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Direito e os Direitos**: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 172.

³³¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Tradução Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 5.

Processual. Execução. Impenhorabilidade. Imóvel. Residência. Devedor solteiro e solitário. Lei 8.009/90.

A interpretação teológica do art. 1º da Lei 8.009/90, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão.

É impenhorável por efeito do preceito contido no art. 1º da Lei 8.009/90, o imóvel que reside, sozinho, o devedor celibatário³³².

A concretização do princípio da preservação da empresa, então, somente se coaduna com a superação da rigidez do texto de lei. Não comunga com a neutralidade, e tampouco simples e automática aplicação do método lógico-dedutivo. Exige mais, isto é, a submissão das normas (constitucionais e infraconstitucionais) a novas considerações da comunidade, com a consolidação da unidade do sistema, a partir da Constituição Federal. Por exemplo, não se pode pensar apenas na preservação da empresa, olvidando-se da concretização da solidariedade almejada pelo legislador constituinte. Na verdade, a concretização daquela implica a efetivação desta, aperfeiçoando, pois, a unidade do ordenamento.

1.4 A (Re)leitura do Código Civil. A Inexorável Unidade

Não é o objetivo deste trabalho dissecar e aprofundar o exame da idéia de sistema jurídico, mesmo porque já foi destacado que a concepção de sistema³³³, aqui utilizada, é aquela que compreende o ordenamento jurídico como um conjunto de regras e princípios. Com essa tomada de posição, não se quer dizer que o sistema não apresenta incompletudes. Não é isso. Na verdade, a despeito da unidade do nosso sistema jurídico, não se pode deixar consignar que ao mesmo tempo o sistema é completável³³⁴, integrando-se por intermédio da decisão judicial. Afinal, a norma jurídica é resultado de um processo que se inicia com a interpretação do texto geral e abstrato da lei até sua concretização, atribuindo-lhe um

³³² BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Corte Especial – EREsp. 182.223/SP – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – Diário da Justiça da União, abr. 2003.

³³³ Ainda sobre a temática envolvendo sistema aberto e sistema fechado, ver também: QUEIROZ, Cristina M. **Direitos Fundamentais...**, p. 127-130.

³³⁴ “(...) o ordenamento consta de normas gerais, produzidas por vários órgãos (politicamente, o preeminente é o legislativo) e de normas individuais. A decisão judicial continua o processo de criação de normas: dinamicamente considerado, o sistema jurídico é completável. (...) Não é completo, mas completável.” (VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 278)

significado. Em outras palavras, “consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a definição de uma norma de decisão”³³⁵.

A atividade judicial, portanto, não se exaure em desvendar o significado da lei ou mesmo a intenção do legislador, com cunho meramente declaratório³³⁶. Na verdade, possui caráter constitutivo, ou seja, o juiz, ao decidir, cria uma norma jurídica e, portanto, renova o sistema jurídico.

Ora, o direito nada mais é do que uma linguagem que nasce da sociedade e serve para organizá-la e pacificá-la, tanto que habitualmente existem divergências entre a redação do texto de lei, sua aplicação e interpretação, sem embargo que esse mesmo texto, em períodos históricos diversos, possa ocasionar interpretações distintas. Desse modo, assiste razão a Chaïm Perelman quando escreve que “a paz judicial só se restabelece definitivamente quando a solução, a mais aceitável socialmente, é acompanhada de uma argumentação jurídica suficiente sólida. A busca de tais argumentações, graças aos esforços conjugados da doutrina e da jurisprudência, é que favorece a evolução do direito”³³⁷. O direito, portanto, comporta o desenvolvimento de argumentação jurídica, observados os princípios e regras que compõem o ordenamento jurídico, interpretados e aplicados dentro do contexto histórico, social e econômico em que se desenvolve determinada sociedade. Mesmo assim,

nunca se deve perder de vista que o juiz, ao redigir uma sentença, não tem de exprimir uma opinião estritamente pessoal. Se sua íntima convicção lhe permite considerar como estabelecidos os fatos, estando conforme as prescrições da lei o procedimento concernente aos meios de prova – mais ainda, é necessário que essa convicção não pareça ser desarrazoada – a qualificação dos fatos e as conseqüências jurídicas que deles extrai devem corresponder a uma opinião comum, de fato ou de direito. É necessário que a motivação da decisão demonstre suficientemente que esta é conforme ao direito em vigor, tal como é entendido pelas instâncias superiores e pela opinião dos juristas qualificados. É para fazer que o tribunal admita que a tese por ele defendida corresponde melhor a essas diversas exigências que deve tender a argumentação de cada uma das partes³³⁸.

³³⁵ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito...**, p. XIII.

³³⁶ Nesse particular, pertinente reproduzir interessante passagem citada Miguel Reale, por intermédio da qual informa que Wolf Paul da Universidade de Frankfurt, contava que, “quando Karl Marx freqüentou as aulas de Savigny, referiu-se ironicamente às suas diretrizes hermenêuticas vinculadas à problemática da origem do direito, dizendo que essa perspectiva seria como a de um barqueiro “que parece navegar, não sobre o rio, mas sobre suas nascentes””. (REALE, Miguel. **Fontes e Modelos do Direito...**, p. 24)

³³⁷ PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica: nova retórica**. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 190.

³³⁸ PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 220.

Desta forma, na medida em que se busca demonstrar que o princípio da preservação da empresa se constitui no pilar do Direito de Empresa no Código Civil, há que se esclarecer que esse pensamento implica visualizar o Código como diploma aberto que integra a unidade do sistema jurídico, cuja leitura deve ser feita a partir da Constituição Federal, mesmo porque o direito – na expressão de Clèmerson Merlin Clève – “é um espaço de lutas”³³⁹, cuja concretização dos valores e princípios constitucionais não se exaure com a promulgação da Constituição Federal e, muito menos, com o advento da vigência de um novo Código Civil.

Parte-se da premissa, portanto, de que o Código deve ser compreendido pelo intérprete, como modelo aberto, a partir dos valores constitucionais, o que redundará no desenvolvimento de novos paradigmas. Labora-se, pois, com uma dimensão principiológica, ainda que para tanto seja necessário partir de princípios abstratos até normatizá-los ao caso concreto. O Código Civil colabora com essa proposta ao privilegiar a técnica das cláusulas gerais, as quais na opinião de Nelson Nery Júnior,

Sendo normas de ordem pública, o juiz pode aplicar as cláusulas gerais em qualquer ação, independentemente de pedido da parte ou do interessado, pois deve agir *ex officio*. Com isso, ainda que, por exemplo, o autor da ação de revisão do contrato não haja pedido na petição inicial algo relativo a determinada cláusula geral, o juiz pode, de ofício, modificar cláusula de percentual de juros, caso entenda que deva assim agir para adequar o contrato. Assim agindo, autorizado pela cláusula geral expressamente prevista na lei, o juiz poderá ajustar o contrato e dar-lhe a sua própria noção de equilíbrio, sem ser tachado de arbitrário³⁴⁰.

Não obstante, não há como se desconsiderar os valores constitucionais, mesmo porque em um primeiro momento antecedem o conteúdo das normas, passando, posteriormente, integrá-las na solução do caso concreto. O instrumental teórico dessa tomada de posição é resultado dos valores contidos no próprio preâmbulo de nossa Carta Magna³⁴¹, que por seu turno, possui força vinculante, sob pena de desconstruir todo o pensamento

³³⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Direito e os Direitos...**, p. 156 e ss.

³⁴⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos (Coord.). **O Novo Código Civil**: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003. p. 417.

³⁴¹ **Preâmbulo da CF/88**: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”. (BRASIL. **Constituição Federal**, 1988).

contemporâneo do conteúdo e finalidade da Constituição e, por conseguinte, a idéia de constitucionalização – material – do direito civil.

Em razão desse fenômeno, as decisões judiciais que objetivem solucionar litígios inerentes ao direito de empresa não devem se pautar em regra exclusiva existente em artigo de lei, mas sim, contextualizar e interpretar o ordenamento jurídico como um todo, enfatizando seus pilares. Com certeza não se trata de tarefa fácil para o intérprete, porém, obrigatória e vinculante³⁴², sob pena de destruição do Estado democrático de direito, mesmo porque o Livro II do Código Civil que trata do Direito de Empresa é parte integrante do sistema jurídico, o qual é uno. Essa advertência, desde há muito, é enfatizada por Francesco Carnelutti³⁴³:

para poder estudar esse formidável mecanismo, os cientistas do Direito o têm de fazer por partes. Não de outro modo se comportam os médicos com o corpo humano, e os engenheiros com as máquinas. Em suma, o Direito por fragmentos não é Direito, e sim, uma parte do Direito; e a realidade da parte exclui a realidade do todo. (...), ou seja, a realidade do Direito, não está em nenhuma parte, senão no todo e em sua unidade.

Dentro dessa ótica, pode-se ousar dizer que o caminho inevitável a seguir é, pois, o de proceder à (re)leitura do Livro II do Código Civil, que trata do Direito de Empresa à luz da Constituição, cuja perspectiva “indica para arco evolutivo que migra da relação jurídica fundada acentuadamente na garantia do crédito para o trânsito jurídico que dá relevo destacado à proteção da pessoa”³⁴⁴. Nessa perspectiva é que deve ser concretizado o princípio da preservação da empresa, de modo que propicie o desenvolvimento e solidificação de sua função social, ferramenta essencial para se cumprir os desafios pretendidos pelo legislador constituinte, dentre os quais, repita-se, a construção de uma sociedade mais justa e solidária, com a erradicação da pobreza.

³⁴² “Sendo a Constituição um diploma que exige a conformidade de todas as normas hierarquicamente inferiores, ficam-lhe vinculados o legislador e, de modo geral, o intérprete, seja o juiz, o órgão da administração ou o próprio cidadão. Mesmo o jurista técnico, cultor do direito privado ou de qualquer ramo do direito, deve formar uma *mentalidade constitucionalista*, isto é, na sua obra de intérprete e de construtor do sistema, deve buscar nas normas contidas na Constituição as direções hermenêuticas e construtivas fundamentais”. (MATTIETTO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 168)

³⁴³ CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia do Direito**. Tradução de Frederico A. Paschoal. Campinas: Bookseller, 2000. p. 50-51.

³⁴⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo...**, p. 175.

2 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E O IMPERATIVO DA SOLIDARIEDADE

2.1 A Função Social da Empresa

Conforme já demonstrado, a empresa constitui-se na base da sociedade contemporânea. Contudo, há que se destacar que sua origem não deriva de uma construção imaginária do legislador³⁴⁵. Resulta, isso sim, do exercício do direito de propriedade e, portanto, de uma situação predominantemente econômica, tanto que na opinião de Clóvis Couto e Silva, “o conceito de empresa antecede o seu reconhecimento pela ordem jurídica”³⁴⁶. Essa situação, contudo, não deixa de atrair a atenção do jurista, máxime porque, por força de princípio constitucional, deve cumprir com sua função social. A literatura jurídica, aliás, realça a importância da empresa no mundo atual, como destaca Fábio Konder Comparato:

uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva de elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa. É dela que depende, diretamente, a subsistência da maior parte da população ativa deste país, pela organização do trabalho assalariado. A massa salarial já equivale, no Brasil, a 60% da renda nacional. É das empresas que provém a grande maioria dos bens e serviços consumidos pelo povo, e é delas que o Estado retira a parcela maior de suas receitas fiscais. É em torno da empresa, ademais, que gravitam vários agentes econômicos não-assalariados, como os investidores de capital, os fornecedores, os prestadores de serviço³⁴⁷.

Não se pode falar, portanto, na concretização dos direitos fundamentais e, por conseguinte, na construção de uma sociedade mais justa e solidária sem enfrentar e destacar o papel desempenhado pelas empresas na sociedade contemporânea. Afinal, o exercício dessa

³⁴⁵ “A partir do fim do século XIX o processo de mudança econômica, resultante da atividade empresarial, ganha aceleração imprevisível, e passa a produzir consequências insuspeitadas nos campos político e social – até chegarmos, em nossos dias, à ‘era da empresa’. (...) A grande transformação operou-se sem que o Direito se desse conta da presença da empresa”. (LAMY FILHO, Alfredo. *A Empresa – Formação e Evolução – Responsabilidade Social...*, p. 11-12). Em sentido diverso o pensamento de Antonio Menezes Cordeiro: “A empresa não é prévia ao Direito. Apenas um ordenamento jurídico mínimo permite a existência e o funcionamento duma empresa. Sem regras jurídicas não é possível, sequer, o aparecimento de vários fatores essenciais à empresa; muito menos organizá-los; e sobretudo: dirigi-los. (CORDEIRO, Antonio Menezes. *Manual de Direito Comercial...*, p. 234)

³⁴⁶ COUTO E SILVA, Clóvis. Conceito de empresa no direito brasileiro. In: *Separata dos Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*. Lisboa, 1989. p. 96.

³⁴⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial...*, p. 3.

atividade econômica não gera apenas deveres e obrigações estabelecidos pelo ordenamento jurídico, como também interesses econômicos para a subsistência dos envolvidos direta e indiretamente, cujo desenvolvimento dessa cadeia produtiva alcança o Estado como um todo, uma vez que é por intermédio da atividade econômica que arrecada os tributos, indispensáveis para que possa honrar suas despesas e obrigações. A função social da empresa, destarte, é irreversível.

É lógico, todavia, que o desempenho real dessa função social, depende das orientações e atribuições realizadas pelos administradores em consonância com as obrigações dos demais envolvidos, como conselheiros, trabalhadores, fornecedores e, também, agentes públicos no exercício da fiscalização do cumprimento das obrigações previstas em lei, notadamente no âmbito trabalhista, ambiental e fiscal.

A função social exigida das empresas³⁴⁸, no entanto, em nada se confunde com eventual responsabilidade social, atualmente tão divulgada pelos veículos de comunicação. A responsabilidade social das empresas, na verdade, diz respeito a um comportamento ético, destinado à tutela do sujeito, isto é, a preocupação dos efeitos que a atividade econômica gera na qualidade de vida do cidadão, que, por sua vez, tornou-se uma preocupação constitucional, tanto que para Paulo Afonso Linhares, essa preocupação deixou de ser inerente às exigências do mercado, transmudando-se “em genuínos direitos, alguns não apenas positivados, mas até timbrados de *fundamentalização*”³⁴⁹. Exige, assim, mudanças na sociedade, inclusive culturais, razão pela qual entende-se que a responsabilidade social constitui-se em um conceito em construção, sem prejuízo de definições que lhe são atribuídas, dentre as quais a fornecida pelos representantes do Conselho Empresarial Mundial para o Desenvolvimento Sustentável, em 1988, a saber: “responsabilidade social corporativa é o comprometimento permanente dos empresários de adotar um comprometimento ético e contribuir para o desenvolvimento econômico, simultaneamente, a qualidade de vida de seus empregados e de seus familiares, da comunidade local e da sociedade como um todo”³⁵⁰.

³⁴⁸ Registre-se que a palavra empresa, aqui é utilizada sem preocupação com seu significado técnico, como já demonstrado anteriormente, e sim, como característico ou mesmo semelhante à noção técnica de sociedade empresária, quando não, empresário individual.

³⁴⁹ LINHARES, Paulo Afonso. **Direitos Fundamentais e Qualidade de Vida**. São Paulo: Iglu, 2002. p. 25.

³⁵⁰ Sobre essa definição ver SILVEIRA, Maria do Carmo Aguiar da Cunha. **O Que é Responsabilidade Social Empresarial?** Disponível em: <www.fiec.org.br/artigos>. Acesso em: 30 abr. 2006.

A responsabilidade social das empresas, portanto, implica o compromisso social³⁵¹ das empresas em desenvolver mecanismos em prol de uma sociedade melhor. Exige, pois, valorizar mais as pessoas do que as coisas. A responsabilidade social, na verdade, passou a ser uma exigência do mercado não pelos resultados que propicia, caso seja desenvolvida com seriedade, mas sim, porque ficou intimamente ligada à imagem das empresas. Assim, para vender, empresas buscam demonstrar que possuem responsabilidade social. Em que pese esse malsinado desvirtuamento, ainda que lamentável, é melhor que as empresas exercitem a responsabilidade social ainda dentro de um objetivo meramente capitalista (vender produtos) do que permanecerem inertes, sem nada contribuir para a qualidade de vida da comunidade.

Já a função social da empresa é derivada da função social da propriedade³⁵², razão pela qual, “o tema continua umbilicalmente ligado à seara civilista”³⁵³. Assim, esse princípio adquire fundamental importância quando envolve bens destinados à produção e consumo, tanto que, ao se examinar “à função social dos bens de produção em dinamismo, estamos a aludir à *função social da empresa*”³⁵⁴.

Registre-se, pois, que, ao nosso modo de ver, a função social da empresa determina que a exploração da propriedade não interesse apenas ao seu titular e, tampouco, a busca desenfreada do lucro. Na verdade, determina que a empresa gere interesses e direitos na esfera alheia. Em outras palavras, os interesses e exercícios derivados da atividade empresarial devem projetar-se na vida em sociedade, atingindo trabalhadores, fornecedores, meio ambiente, fisco, dentre outros. Em síntese, a função social da empresa implica um dever social que exige consonância entre os interesses particulares da sociedade e o interesse coletivo, o que inclusive propiciou a Celso Antonio Pacheco Fiorillo vislumbrar a função social da propriedade “como direito difuso, podendo ser tutelado pelos instrumentos previstos em lei”³⁵⁵.

A função social da empresa, portanto, acarreta a superação do caráter eminentemente individualista, devendo o direito individual do seu titular coexistir com a *funcionalização* do

³⁵¹ A expressão compromisso tem por objetivo destacar que a responsabilidade social implica um dever das empresas e não, mera filantropia esporádica.

³⁵² “A função social das empresas tem como fundamento histórico a teoria econômica da função social da propriedade ou do exercício do direito de propriedade, agasalhada pelo Direito na escalada do tempo.” (BITELLI, Marcos Alberto Sant’Anna. Da função social para a responsabilidade da empresa. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). **Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 235.

³⁵³ BITELLI, Marcos Alberto Sant’Anna. *Op. cit.*, p. 252.

³⁵⁴ GRAU, Eros Roberto. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 128.

³⁵⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Os Sindicatos e a Defesa dos Interesses Difusos no Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 96.

instituto, desempenhando, pois, um papel produtivo em benefício de toda a coletividade. A atividade empresarial, então, apresenta um caráter dúplice, uma vez que serve não só ao sujeito proprietário, como também, às necessidades sociais. Nesse sentido a reflexão de Eros Roberto Grau:

se pensarmos a propriedade dos bens de produção, em organização do tipo capitalista, aí teremos, nos dois momentos, a *sociedade* e a *empresa*. A sociedade – os acionistas – detêm uma situação jurídica de *pertinência*. Já a *empresa* detém o poder de que os bens sociais emergem. Daí podermos sustentar que a sociedade existe juridicamente enquanto situação subjetiva – *direito* – ao passo que a empresa existe *juridicamente* enquanto fonte de poder – *função*³⁵⁶.

A função social da empresa, então, constitui-se em linha mestra do Direito da Empresa no Código Civil, o que reforça a opinião da preservação da empresa como princípio essencial desse Diploma Legal. Nesse particular, diante de outra timidez do texto do Código Civil, merece aplausos a conclusão extraída da Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília, dos dias 11 a 13 de setembro de 2002, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, sob a coordenação científica do então Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, do Superior Tribunal de Justiça, por intermédio do Enunciado 53, relatado por Newton de Lucca: “Deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa”.

Coincidência ou não, o Projeto de Lei 9.620/02, que trata de emendas e reformas ao Código Civil, propõe a inserção de um novo parágrafo (*in casu* 2º) ao art. 996 com o seguinte conteúdo: “O exercício da atividade de empresário, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, observará os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes”.

Não se pode olvidar, porém, que “há quem argumente que a função social da empresa é gerar lucros”³⁵⁷, como é o pensamento de Alfredo Assis Gonçalves Neto, que escrevendo sobre a sociedade por ações, aduz que “não é constituída para atender o interesse público, mas para buscar o lucro no exercício de uma atividade econômica de interesse do

³⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. **Elementos de Direito Econômico...**, p. 131.

³⁵⁷ FARAH, Eduardo Teixeira. A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 685.

conjunto de seus acionistas”³⁵⁸. Ora, essa opinião, se de um lado exige respeito³⁵⁹, de outro obriga-nos complementá-la, no sentido de que o lucro não é proibido, podendo até ser o objetivo principal da atividade, o que, no entanto, não afasta a obrigatoriedade de sua distribuição ser compatibilizada com a satisfação dos acionistas e investidores e o imperativo de solidariedade constante na Constituição Federal, propiciando, assim, benefícios concomitantes aos trabalhadores e à comunidade em geral. Destaque-se, ademais, que, segundo Gaetano Paciello, ainda que de acordo com a doutrina prevalente encontre-se ínsito no conceito de profissionalidade, o elemento lucrativo no direito italiano tende a desaparecer, até porque a jurisprudência

acabou por confirmar que o elemento lucrativo não é necessário à noção de empresa, bastando que não exista uma exclusão direta e patente de um escopo egoístico, ou seja, que a atividade da empresa tenha se desenvolvido segundo os critérios da objetiva “economicidade”. Entre outras sentenças, cita-se a do Tribunal de Milão, de 10.12.1970, Toja c. Fall. Toja, in Giur. it., 1971, I, 2. p. 365, onde, atendido o fato de que, “para conseguir a qualificação de empresário comercial não é necessário exercer a atividade com escopo de lucro, sendo suficiente que não exista, direta e patente exclusão do escopo egoístico”, individualiza-se dito escopo na objetiva “economicidade” que caracteriza o exercício da atividade empresarial³⁶⁰.

Ainda no que diz respeito à função social da empresa, interessante questão é levantada por Fábio Leandro Tokars³⁶¹, ao registrar que a função social significa um “paliativo retórico aos efeitos concretos de nossas políticas econômicas”, ou seja, traduz uma válvula de escape psicossocial, “a qual pode ser definida como instrumento de aparente conquista social que, na realidade, acaba por atuar exatamente de forma oposta, mantendo privilégios ou impedindo a real conquista dos interesses sociais”³⁶². Para justificar esse pensamento, o autor apóia-se na idéia de que a ausência de sanção normativa específica quando da violação do princípio da função social da empresa, torna os comandos legais estéreis, sem resultados concretos, mesmo porque “o conceito de ética, num ambiente deliberadamente neoliberal, torna-se uma ilusão vazia e alienada”³⁶³.

³⁵⁸ GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. **Lições de Direito Societário...**, p. 203.

³⁵⁹ É como qualquer outro pensamento, desde que fundado em critérios científicos, ainda que não se comungue da mesma opinião.

³⁶⁰ PACIELLO, Gaetano. A evolução do conceito de empresa no direito italiano. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n. 29, p. 53, 1978.

³⁶¹ TOKARS, Fábio Leandro. *Op. cit.*, p. 77-96.

³⁶² *Idem*, p. 95.

³⁶³ *Idem*, p. 84.

Assiste razão ao autor quando sustenta que a função social da empresa possui um caráter muito mais retórico do que real, bem como quando assevera que a ausência de sanções normativas possibilita a manutenção de privilégios, o que – aliás – redundaria no desenvolvimento de um sentimento de impunidade no seio de nossa sociedade. Discordo, no entanto, quanto à ausência de sanções normativas. Afinal, a inexistência de sanções efetivas não resulta da omissão do texto de lei (ainda que a inexistência de um texto analítico propicie certa confusão), e sim, da aplicação do direito, uma vez que o nosso ordenamento jurídico, principalmente a Constituição Federal, devidamente concretizado autoriza a aplicação de sanções patrimoniais e penais ao sujeito que viole o princípio constitucional da função social. Exemplo disso é a decisão proferida pela Justiça do Trabalho, em sede de ação civil pública, tomada sob o n. 14/2004, promovida pelo Ministério Público do Trabalho perante a 2ª Vara do Trabalho de Curitiba, por intermédio da qual os sócios proprietários foram afastados da administração da empresa, que, por seu turno, passou a ser administrada, em caráter temporário, pelos próprios funcionários, por intermédio da constituição de um Conselho Gestor. Destaque-se trecho da aludida decisão da lavra da Juíza Graziela Carola Orgis, que se respaldou não só na Constituição Federal, como também nos arts. 677 a 679 e 798 do CPC, Lei 6.024/74 e Lei 8.888/94:

Se por um lado, a Constituição Federal assegura o direito de propriedade e a livre-iniciativa, por outro lado, o mesmo texto constitucional contempla a função social desta propriedade, a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho humano e a busca do pleno emprego (art. 1º, III e IV, art. 5º, XXII e XXIII, art. 170, todos da CF/88). Tais postulados, aparentemente antagônicos, não se excluem. Ao contrário, complementa-se, formando um sistema harmônico (...) O direito de propriedade, no sistema da Constituição Federal de 1988, não é, pois, absoluto, nem é um fim em si mesmo. Ao contrário, o direito de propriedade tem sua justificativa na função social do seu exercício e é em tal medida que recebe proteção (...) Noutras palavras, o exercício do direito de propriedade pelos réus está cada vez mais dissociado de sua função social do implemento da dignidade da pessoa humana. A intervenção judicial, em caráter temporário, é, ao ver do juízo, a única maneira de se restaurar a ordem (...) e, ao mesmo tempo, assegurar a manutenção da atividade econômica e dos empregados. Não se trata, certamente, de medida expropriatória, mas apenas de transferência provisória da responsabilidade pela gestão do empreendimento, aos próprios empregados³⁶⁴.

³⁶⁴ No mesmo sentido, registre-se, a decisão proferida pelo Magistrado Federal João Pedro Gebran, quando lotado na 1ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR, que, face ao não-recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas dos empregados, afastou os sócios temporariamente da administração, com a nomeação de um interventor, a qual, no entanto, já foi objeto de exame específico na seguinte obra: FARRACHA DE CASTRO, Carlos Alberto. **Fundamentos do Direito Falimentar...**, p. 175-195.

Há que se ressaltar, porém, que a existência de mecanismos judiciais para penalizar a inobservância ao princípio da função social da empresa em nada altera os deveres e objetivos atinentes ao Estado. Não é nada disso. Os deveres empresariais coexistem com as obrigações e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF/88, art. 3º, I, II, III e IV), bem como atuar como agente normativo e regulador da atividade econômica (CF/88, art. 174). A possibilidade de desvirtuamento dessa coexistência de deveres e obrigações da sociedade e do Estado motivou Fábio Konder Comparato a registrar o seguinte alerta:

A tese da função social das empresas apresenta hoje o sério risco de servir como mero disfarce retórico para o abandono, pelo Estado, de toda política social, em homenagem à estabilidade monetária e ao equilíbrio das finanças públicas. Quando a Constituição define como objetivo fundamental de nossa República, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I), quando ela declara que a ordem social tem por objetivo a realização do bem-estar e da justiça social (art. 193), ela não está certamente autorizando uma demissão do Estado, como órgão encarregado de guiar e dirigir a nação em busca de tais finalidades.

O sentido etimológico da palavra governo, como todos sabem, é o de piloto (*kubernetes*, em grego). O que se espera de um piloto é que ele saiba conduzir a nave em quaisquer condições, rumo ao porto de destino. Esse porto de destino, no Estado Democrático e Social é o estabelecimento de condições de vida dignas para todos, sem preferências ou discriminações³⁶⁵.

Essa preocupação, também, envolve a responsabilidade social³⁶⁶, embora aqui seja destacada a preocupação que as empresas utilizem-na exclusivamente como mero engodo para aumentar seus lucros, mesmo porque os investimentos em projetos e, na seqüência, em campanhas publicitárias destacando-os, são custeados pelo lucro das empresas, quando não, embutidos no preço final dos produtos. Bem diz Stephen Kanitz: “afirmar que o projeto social é custeado pelo lucro da empresa, e não entra como despesas, não convence ninguém”³⁶⁷.

³⁶⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, Empresa e Função Social. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 732, p. 46. out. 1996.

³⁶⁶ Segundo informa Henrique Rattner, “a revista The Economist, em seu número de 22/01/05, traz um artigo interessante e polêmico sobre a Responsabilidade Social das Empresas. Segundo seu autor, não caberia às empresas envolverem-se em obras sociais, assistenciais ou filantrópicas que devem ficar ao encargo do poder público em seus diferentes níveis”. (RATTNER, Henrique. **Sobre a Responsabilidade Social das Empresas**. Disponível em: <www.lead.org.br/article>. Acesso em: 30 abr. 2006)

³⁶⁷ KANITZ, Stephen. **Os 11 Mandamentos da Responsabilidade Social**. Disponível em: <www.filantropia.org/artigos/kanitz_responsabilidade_social.htm>. Acesso em: 30 abr. 2006.

Em síntese, a busca da concretização de uma sociedade mais justa e solidária, com a efetiva participação da sociedade, exige a preservação das empresas que adotem uma postura positiva no tocante à concretização dos direitos sociais. Essa responsabilidade e dever social das empresas, por sua vez, não afastam os deveres inerentes ao Estado. Ao contrário, incumbe ao Estado não só concretizar políticas públicas destinadas à moradia, segurança, saúde e educação, como também, evitar práticas anticoncorrenciais de determinados grupos empresariais. Estado e empresa, portanto, não mais atuam em setores distintos³⁶⁸. Na verdade se completam. E mais; se o exercício da atividade empresarial deriva da administração exercida por um sujeito (proprietário ou não), inexoravelmente, o administrador possui deveres sociais, como será demonstrado.

2.2 Deveres Sociais do Administrador da Sociedade

O destaque e a importância da empresa na sociedade contemporânea geram deveres aos seus administradores e controladores. Afinal, como bem observa Waldirio Bulgarelli, “poder sem responsabilidade converte-se obviamente em arbítrio. Procurando evitar que tal aconteça em relação aos administradores das sociedades anônimas, as leis que as regulam estabelecem uma série de deveres e responsabilidades dos administradores, em contrapartida aos poderes e atribuições a eles conferidos”³⁶⁹. É, porém, certo que as obrigações do administrador da sociedade não se exaurem no estrito cumprimento de concretização dos direitos sociais, como também abrangem responsabilidade para com os acionistas e investidores na obtenção de resultados ou ainda responsabilidade perante o Fisco, consumidores, meio ambiente, dentre outros. A responsabilidade ampla do administrador, no

³⁶⁸ Nunca é demais relembrar que “nas democracias contemporâneas, o Estado não é instância alheia à sociedade, está sujeito à dinâmica dos movimentos sociais, responsabilizando-se pelas condições da vida coletiva. Mudada a compreensão do papel do Estado e a sua articulação com a sociedade civil, a Constituição passou a ter, desde a segunda metade do século XX, fundamentalmente modificado o seu modelo. De mero conjunto de normas de organização da estrutura política do Estado, passa a receber, positivamente, as declarações dos direitos humanos, acresce-lhes outros, direitos sociais e direitos difusos, renomeia-as sob o título de direitos fundamentais, soma-lhes garantias, também ditas fundamentais, traz para o seu *corpus* matérias de direito privado e arrola valores e objetivos e deveres, imputando a sua implementação tanto ao Estado quanto à sociedade. Mais do que tudo, a Constituição passa a *colimar fins* de ordem política, econômica, social, a implementar políticas, “normas-objetivo”, *fins que vinculam o Estado e a comunidade*” (MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos e táxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: _____ (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 624)

³⁶⁹ BULGARELLI, Waldirio. **Manual das Sociedades Anônimas...**, p. 181.

entanto, não interessa à temática em debate³⁷⁰, mas tão-somente, a noção dos seus deveres sociais, uma vez que o estrito cumprimento destes gera benefícios à sociedade em geral, o que incentiva que a comunidade jurídica venha a defender de modo mais incisivo a consolidação do princípio da preservação da empresa, não só como princípio não escrito da Constituição Federal, mas também linha mestra do Direito de Empresa no Código Civil sendo indispensável para tanto, avivar e aprofundar o debate e pesquisa sobre essa questão.

O dever do administrador de satisfazer a função social da empresa, na verdade, não mais comporta divergência no direito brasileiro, tanto que está positivado na Lei de Sociedades por Ações (Lei 6.404/76), cujos arts. 116, parágrafo único e 154, assim dispõem:

Art. 116. (...)

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

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa³⁷¹.

Exige-se, pois, que o administrador da companhia empregue, no exercício de suas funções, o máximo dever de diligência, lealdade e informação³⁷² não só para com a sociedade e acionistas, como também para com a comunidade em que atua. Nesse particular é de se lamentar a timidez do novo Código Civil, o qual, por seu art. 1.011, limitou-se a dizer que “o administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios”, sem, contudo, se reportar expressamente ao dever social do administrador para com a comunidade, isto é, trabalhadores, consumidores, fornecedores, concorrentes, dentre outros.

A não-explicitação do Código Civil brasileiro, contudo, não atenua a responsabilidade do administrador, independente da espécie de sociedade eleita (isto é,

³⁷⁰ Destaque-se, nesse particular, a existência de estudos específicos e aprofundados sobre a responsabilidade dos administradores, dentre os quais: TAVARES PAES, P. R. **Responsabilidades dos Administradores de Sociedades**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999; SOUSA, Sueli Baptista de. **Responsabilidade dos Sócios na Sociedade Limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

³⁷¹ BRASIL. Lei 6.404/76.

³⁷² Sobre o dever de informação dos administradores das sociedades, ver: TORRES, Carlos Maria Pinheiro. **O Direito à Informação nas Sociedades Comerciais**. Coimbra: Almeida, 1998.

simples, limitada, nome coletivo etc.), vez que esse dever foi erigido a fundamento da ordem econômica constitucional (CF/88, art. 170, III). Não obstante, ainda que rápida leitura do texto de lei (como, por exemplo, do art. 1.011 do Código Civil) seja suficiente para sustentar o dever social do administrador para com a comunidade, em nada prejudicaria se, nessa situação específica, o legislador pecasse pelo excesso das palavras, até porque a Lei 6.404/76 dispõe exclusivamente sobre sociedade por ações, cuja aplicação em caráter supletivo às demais sociedades empresárias, com o advento do novo Código Civil, exige previsão expressa no Contrato Social, *ex vi* do art. 1.053, parágrafo único³⁷³, o que não sucedia com o revogado Decreto 3.708/19, que regulava a sociedade por cotas de responsabilidade limitada³⁷⁴, conforme era entendimento doutrinário predominante³⁷⁵. O art. 1.053 do Código Civil, aliás, segundo Arnold Wald, “é um dos pontos mais controvertidos da nova disciplina sobre sociedades limitadas no novo Código Civil”³⁷⁶. Talvez por isso, tenha recebido, com acerto, severas críticas da doutrina³⁷⁷, em que pese a tentativa de Arnold Wald em minorar as divergências, defendendo uma posição intermediária, no sentido de que “a aplicação supletiva, na realidade, não pode ser analisada apenas de forma abstrata e genérica, devendo ser verificada a incidência das normas em cada caso e de acordo com a matéria em foco”³⁷⁸.

Para Fábio Ulhoa Coelho, ademais, o artigo em questão constitui-se relevante inovação do Código Civil, uma vez que originou o nascimento de dois subtipos de sociedades limitadas, até então inexistentes. O subtipo I de sociedade limitada diz respeito àquelas que optarem pela regência supletiva das regras que tratam da sociedade simples, enquanto que o subtipo II refere-se às sociedades limitadas, cujo contrato social estabelece a regência supletiva pelas normas da sociedade anônima. No que diz respeito ao subtipo I (regência

³⁷³ **CC/2002, art. 1.053:** “A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples. **Parágrafo único.** O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima”.

³⁷⁴ **Decreto 3.078/19, art. 18:** “Serão observadas quanto às sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, no que não for regulado no estatuto social, e na parte aplicável, as disposições da lei das sociedades anônimas”.

³⁷⁵ A respeito Rubens Requião ensinava que, “no caso de omissão do contrato social, invoquem-se primeiro as normas societárias do Código Comercial e em seguida, na omissão deste, aplique-se analogicamente o preceito adequado da Lei de Sociedades por Ações. Não sendo o contrato social de todo omissivo, mas deixando de dar regulamentação ao funcionamento de determinado sistema, ou órgão, que o contrato instituiu, apela-se supletoriamente para a Lei das Sociedades Anônimas, no que lhe puder ser aplicável”. (REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 21. ed. ..., p. 335)

³⁷⁶ WALD, Arnold. **Comentários ao Código Comercial...**, p. 331.

³⁷⁷ Dentre essas, ver: FRANCO, Vera Helena de Mello. O triste fim das sociedades limitadas no novo Código Civil. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Malheiros, v. 40, n. 123, p. 81-85, jul./set. 2001; CARVALHOSA, Modesto. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira (Coord.). **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. Parte especial: do direito de empresa (arts. 1.052 a 1.195), p. 40.

³⁷⁸ WALD, Arnold. **Comentários ao Código Comercial...**, p. 334.

supletiva sociedade simples), diante da infelicidade do texto do art. 1.026 do CC/2002³⁷⁹, sustenta que

a inovação, inspirada no Código Civil italiano 1942 (art. 2.270) é preocupante. Fundamentalmente, porque ela é inconciliável com o moderno princípio da *preservação da empresa*. Se a sociedade – como é usual – não possui em caixa disponibilidade para realizar o depósito previsto em lei, só poderá obtê-la através de empréstimo bancário ou venda de ativos; nas duas hipóteses, a empresa é afetada, seja pelos encargos do mútuo bancário que deverá suportar, seja pelo desinvestimento. E quando se afeta a empresa, em geral, seus empregados, consumidores, fornecedores e todos que gravitam em torno dela, podem também ser atingidos³⁸⁰.

Percebe-se, pois, a realidade das sociedades empresárias de responsabilidade limitada é incompatível com a regra contida no art. 1.053, parágrafo único, do CC/2002. Afinal, em sua maioria, apresentam uma estrutura organizada e institucionalizada, assemelhando-se mais com o regime jurídico previsto para as sociedades de ações, mesmo porque a sociedade simples possui um modelo jurídico concebido para o exercício de atividades intelectuais, quando não, ofícios, pesquisas, artes; enfim, “gravita em torno do fator humano, das pessoas naturais de seus sócios, em que o fator trabalho é preponderante sobre o capital”³⁸¹.

Retomando a questão da timidez do texto do Código Civil, quanto ao dever social dos administradores das sociedades empresárias, mal nenhum resultaria se o legislador (nessa questão específica, repita-se) pecasse pelo excesso de palavras, destacando a amplitude da atribuição imposta ao administrador, dentre as quais o dever de informação sobre os destinos e números financeiros da sociedade, o que é compatível com o princípio da boa-fé, que é não só um dos pilares do Código Civil, como também do Direito Civil, uma vez que, “ao exercer um direito ou cumprir um dever de uma relação jurídica, as partes devem agir conforme o princípio da boa-fé”³⁸².

Situação semelhante à ora defendida, sucedeu com a nossa Constituição Federal de 1988, que, ao adotar linha semelhante à Constituição portuguesa (dado as identidades

³⁷⁹ “Liquidação de quotas a pedido de credor de sócio. Esta é uma das mais infelizes inovações do novo Código Civil. Estabelece o artigo 1.026, parágrafo único, que o credor do sócio pode ‘requerer a liquidação da quota do devedor, cujo valor apurado (com base no balanço patrimonial especial) será depositado em dinheiro, no juízo da execução, até 90 dias após aquela liquidação’. Assim, se o devedor executado não dispuser de outros bens suficientes para o pagamento da dívida em execução, além da quota social que titulariza, o exequente pode pedir ao juiz que decrete a liquidação desta”. (COELHO, Fábio Ulhoa. *As duas limitadas*. **Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo**. v. 23, n. 71, p. 27, ago. 2003)

³⁸⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *As duas limitadas*..., p. 27-28.

³⁸¹ COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Op. cit.*, p. 107.

³⁸² FABIAN, Christoph. **O Dever de Informar no Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 59.

existentes entre esses países, não só na questão do descobrimento do Brasil, como também nas transformações sociais recentes, como a queda de regimes ditatoriais de governo), privilegiou um modelo analítico, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais, o que, contudo, por ocasião da Assembléia Nacional Constituinte, não deixou de suscitar críticas, inclusive com a defesa da idéia de se adotar um modelo de Constituição sucinto, como o da Constituição norte-americana, o que é totalmente inconcebível face às diferenças conjunturais não só históricas, mas também sociais, culturais e econômicas entre o Brasil e os Estados Unidos da América. Em síntese, representaria uma reprovável e ineficaz imitação³⁸³, traduzindo um malsinado “colonialismo jurídico”³⁸⁴, no qual “somente nos consideramos cultos na medida em que somos eruditos, ou, por melhor dizer, na medida em que provamos nossos conhecimentos a respeito das idéias dominantes nos grandes centros culturais de nossa predileção”³⁸⁵.

Não se quer aqui, no entanto, assumir a defesa da positivação exacerbada, o que inclusive poderia redundar no retorno de um sistema fechado, como ocorria nas antigas Codificações, sem olvidar, também, a impossibilidade de o legislador estabelecer no texto de lei todas as hipóteses fáticas atinentes ao desempenho da atividade empresarial. Não é isso. Simplesmente, nesse particular, defende-se um texto de lei mais didático e analítico, para que contribua na concretização da função social, propiciando benefícios à sociedade em geral.

Todavia, com ou sem o excesso de zelo do texto de lei, o administrador possui deveres sociais, os quais, entretanto, coexistem com sua necessidade de alcançar o lucro, sob pena inclusive de deixar de exercer aquela função, diante da insatisfação de acionistas e investidores no retorno do capital aplicado. De fato, a perspectiva do lucro, sem qualquer demagogia, é o principal motivo por que as pessoas se associam e investem nas sociedades empresárias, de tal sorte que a satisfação do dever social do administrador deve ser conciliada com a busca do lucro lícito, sob pena de condená-las ao desaparecimento, em razão da impossibilidade de trazer resultados econômicos, ainda que indiretos, como a geração de empregos e o recolhimento de tributos. Afinal, como bem destaca Márcia Carla Pereira Ribeiro,

³⁸³ Como bem sustenta Luís Roberto Barroso, “parece indene de contestação que no nosso sistema jurídico é fantasiosa a idéia de uma Constituição abreviada, sintética, contendo apenas um punhado de princípios gerais. (...) E, convenha-se, seria ingênuo artificialismo a pretensão de subverter 500 anos de tradição jurídica para, em recalque colonial, copiar um modelo tão peculiar e exclusivo como o norte-americano”. (BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas...**, p. 53)

³⁸⁴ Sobre esse malsinado fenômeno ver FARRACHA DE CASTRO, Carlos Alberto. Colonialismo jurídico e a reforma do direito falimentar. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 12; REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias...**, p. 81-86.

³⁸⁵ REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias...**, p. 84.

Uma das vias pelas quais a liberdade de iniciativa econômica se desenvolve é pela organização de forma societária que permite a combinação de esforços e recursos para a consecução de fins comuns. Se o interesse do grupo for altruístico, está-se diante de uma associação. Quando o interesse é econômico, entra-se no campo das sociedades. Quer o objeto da sociedade seja civil ou comercial, o fim é único e é de caráter econômico. Uma das formas de exteriorização da autonomia da vontade e de iniciativa no campo econômico é a sociedade anônima³⁸⁶.

Assim, ainda que as pessoas celebrem contrato de sociedade como o intuito de auferir benefícios econômicos, a constituição de um novo sujeito de direito pelo nascimento da pessoa jurídica implica na obrigatoriedade de exercer uma função social, erigida a dever constitucional fundamental³⁸⁷.

De todo o exposto, já se pode dizer que os deveres sociais dos empresários não são incompatíveis com a busca do lucro³⁸⁸, ainda que em inúmeras oportunidades venha a ser apontado como o causador das desigualdades sociais e da exploração econômica da classe dos trabalhadores pelos detentores do capital. Esse discurso, porém, perdeu força com o insucesso dos governos socialistas extremados, mesmo porque “as coisas não são boas ou más em si mesmas, mas consoante o bom ou mau uso que delas se faça. O justo salário, a justa renda, o justo lucro, o justo juro, podem ou não, ser em si bons, desde que justo o seu uso. O injusto juro (agiotário), o injusto lucro (do câmbio negro), a injusta renda dos proprietários de imóveis, já são maus, por injustos de origem”³⁸⁹.

Logo, o desenvolvimento econômico e, por conseguinte, a busca pelo lucro não é incompatível com a concretização da função social da empresa. Esse posicionamento, contudo, não implica a existência de sua sociedade autoritária, sem participação dos minoritários e democracia no ambiente de trabalho. Na verdade, exige a superação do gerencialismo autoritário oriundo da revolução industrial, transformando o ambiente de trabalho em um espaço pluralista e participativo, como será demonstrando na seqüência.

³⁸⁶ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Sociedade de Economia Mista & Empresa Privada: Estrutura e Função**. Curitiba: Juruá, 1999. p. 69-71.

³⁸⁷ “As bases da *nova empresa* são constitucionais – já que a ordem econômica, além de fundada na livre-iniciativa, também está calcada na valorização do trabalho humano e na busca dos meios que possam assegurar a todos uma existência digna – e a legislação infraconstitucional pode implementá-la.” (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Op. cit.*, p. 71)

³⁸⁸ A título de informação, a palavra “lucro” deriva do latim *lucrum*, que traduzia benefício ou mesmo ganho, sendo que antes da instituição da moeda, o lucro era materializado na própria troca de mercadorias.

³⁸⁹ FAIRBANKS, João C. Refutação científica ao comunismo, 1947. p. 113. Col. Convivium. *Apud* GASTALDI, J. Petrelli. **Valor e Formação de Preços: fundamentos do lucro**. Edição do autor, 195[?].

2.3 O Papel da Empresa no Novo Milênio

A revolução industrial e o seu desenvolvimento, o qual redundou na sociedade da informação, consolidam a importância da empresa para a sociedade, originando assim, enormes grupos econômicos, os quais fazem da “liberdade de contrato e de associação meios de estabelecimento do poder social e econômico”³⁹⁰.

Essa incessante busca de aquisição de bens e controle dos meios de produção, contudo, encontra resistência nos novos valores sociedade, motivada pela consolidação dos princípios provenientes do Estado Social, podendo-se aqui destacar, novamente, a função social e a responsabilidade social das empresas, motivo pelo qual, “em especial as grandes, têm assumido funções assistenciais para com os seus funcionários, formando fundos de previdências, planos de aposentadoria, fomentando a formação profissional de seus associados, albergando algumas das funções que, originariamente, seriam do Estado. De forma institucional, realizam projetos de valorização ou recuperação do meio ambiente, patrimônio histórico e cultural, promovendo ensino básico, creches, transportes de empregados e outras participações comunitárias”³⁹¹.

Destarte, ainda que de modo involuntariamente, a empresa assume uma responsabilidade com a sociedade em geral, motivo pelo qual fica prejudicado o gerencialismo autoritário no seio das empresas, exercido pelos empresários dessas e proveniente da Revolução Industrial, o qual é substituído pela democratização no ambiente de trabalho, como observa Seymour Melman:

Silenciosamente – sem fanfarra, manifestos ou planos –, os trabalhadores de todo o mundo estão inventando uma economia que sucede o capitalismo e o comunismo da maneira como os compreendemos. Em muitos países, os trabalhadores estão desenvolvendo novas regras de decisão em relação à produção – seu próprio trabalho – e à alocação do produto, fundamentando suas decisões em padrões bem diferentes dos do capitalismo e do comunismo. Essas novas regras oferecem uma rota de saída das formas militarizadas de capitalismo e comunismo do Estado que dominaram a economia política durante a segunda metade do século XX³⁹².

³⁹⁰ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2. ed. rev. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p. 549.

³⁹¹ BITELLI, Marcos Alberto Sant’Anna. *Op. cit.*, p. 238.

³⁹² MELMAN, Seymour. **Depois do Capitalismo**. Tradução de Bazán Tecnologia e Linguística. São Paulo: Futura, 2002. p. 35.

A opção pelo sistema capitalista ou comunista de produção, portanto, deixou de ocupar o centro das preocupações e decisões adotadas no seio do ambiente de trabalho. Com efeito, hoje empresários e trabalhadores preocupam-se com o conteúdo dos acordos celebrados, garantindo de um lado produtividade e lucrativa sem ofensa aos direitos sociais, e de outro, estabilidade de emprego, salário justo e benefícios assistenciais, como aposentadoria e planos de saúde, sem prejuízo de outros, sendo que o êxito dessas convenções exige uma cooperação contínua entre todos, indicando, portanto, “um desejo compartilhado de ir além da competição predatória no local de trabalho”³⁹³ e o desenvolvimento de ambiente de trabalho democrático.

A existência de uma maior democratização da empresa, contudo, não é exclusiva da classe trabalhadora. Na verdade é da sociedade em geral, principalmente dos consumidores e os investidores. Exemplo disso é o novo mercado instituído pela Bovespa³⁹⁴, o qual se constitui em um segmento da Bolsa de Valores de São Paulo, destinado à negociação de ações emitidas por empresas que se comprometem com a adoção de determinadas práticas de governança, dentre quais, (1) prestação de informações que facilitam o acompanhamento e fiscalização dos atos administração e (2) adoção de regras societárias que equilibram os direitos de todos os acionistas, independentemente da sua condição de controlador ou investidor. Acredita-se que desta forma, isto é, com uma maior transparência das empresas, o investidor possuirá maior segurança para investir no mercado acionário, o que possibilitará sua expansão, trazendo benefícios ao desenvolvimento da sociedade em geral.

Passando as coisas dessa maneira, ao nosso ver o gerencialismo autoritário no seio das empresas, como a busca desenfreada pelo lucro, proveniente da Revolução Industrial, tornou-se incompatível com o papel contemporâneo das empresas na sociedade. E mais; não

³⁹³ MELMAN, Seymour. *Op. cit.*, p. 35.

³⁹⁴ Sobre esse novo mercado de ações, instaurado pela Bovespa, Calixto Salomão Filho observa que “o mercado de capitais brasileiro viveu, nos últimos anos, de investimentos especulativos específicos e de investidores dispostos a entrar e sair rapidamente das empresas – o contrário, portanto, dos países que conseguiram organizar seus mercados de capitais. Não é de se espantar, portanto, que se venham buscando iniciativas extralegais para reavivar nosso mercado de capitais. A maior importante e recente delas é a criação do chamado “Novo Mercado” da Bovespa (Bolsa de Valores de São Paulo). (...) A proposta do Novo Mercado repousa sobre três bases principais. (...) A primeira base sem dúvidas é a informação completa. Os requisitos de informação previstos no regulamento vão muito além dos previstos na lei societária. A segunda viga de sustentação é o reforço das garantias patrimoniais dos minoritários no momento da saída da sociedade”. Na seqüência, após tecer alguns comentários, o Professor Calixto Salomão Filho aduz que na terceira base ‘trata-se das chamadas de proteções estruturais’, por modificar a própria conformação internada das sociedades. Não são diretamente inspirados pelo princípio cooperativo, mas sem dúvida ajudam a persegui-lo ao enfraquecer ou permitir o enfraquecimento do poder do controlador. São elas de duas ordens. Em primeiro lugar, a previsão da existência apenas de ações ordinárias torna mais claro o controle único, pois obriga o controlador a despendar mais, caso queira manter o controle. Torna-se mais difícil, portanto, a sociedade de

foi recepcionado pela Carta Magna de 1988, que, ao tratar da ordem econômica, elegeu como princípio fundamental a função social da empresa para que atenda os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social. Afinal, como esclarece Eduardo Teixeira Farah, “a liberdade de iniciativa impulsiona a atividade econômica e determina as relações de mercado, porém a autonomia da empresa deve atender aos princípios da ordem econômica constitucional”³⁹⁵.

Em conseqüência e sem olvidar que a idéia de cidadania na empresa não constitui nenhuma novidade³⁹⁶, há que se enfatizar a necessidade de o Código Civil ser interpretado dentro desse cenário social, sendo que eventuais imprecisões analíticas do seu texto não servem como embasamento teórico para discurso diverso. Até poderia constar expressamente no texto do Código Civil que a atividade empresária deve observar a solidariedade social, o que, contudo, não afasta o dever do operador do direito assim interpretá-lo e concretizá-lo, à luz do texto constitucional. Em outras palavras, a ausência de referência textual no Código Civil não afasta o dever do intérprete quanto à concretização do viés da solidariedade do Direito de Empresa, sendo que sua preservação, aqui defendida, contribui para essa obrigação.

O papel da empresa nesse milênio, portanto, não se resume à busca pelo lucro lícito, mas também por um dever social e ético, valorizando os interesses da sociedade em que atua, ou como diz Alfredo Lamy Filho, “o dever social da empresa é, também, um compromisso permanente com a reumanização da economia”³⁹⁷.

fato unipessoal. A segunda mudança estrutural está na previsão de resolução de todos os conflitos oriundos do Novo Mercado por arbitragem”. (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, p. 58-59)

³⁹⁵ FARAH, Eduardo Teixeira. *Op. cit.*, p. 674.

³⁹⁶ Conforme informa Roberto Fragale Filho, “A idéia da cidadania na empresa não é nova. Ela foi mobilizadora de um intenso debate na França de 1981, pós-vitória da esquerda. Com efeito, o governo socialista de Pierre Mauroy introduziu uma série de leis cujo objetivo era transplantar a cidadania da sociedade política para o âmbito da empresa”. (FRAGALE FILHO, Roberto. *Cidadania & Trabalho: fios de uma mesma fibra constitucional?* In: SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Constitucionalizando Direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 465)

³⁹⁷ LAMY FILHO, Alfredo. A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, p. 59, 1991.

**PARTE III - A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E O IMPERATIVO DE
SOLIDARIEDADE NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

1 A OBRIGATORIEDADE DE PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA

1.1 A Dignidade da Pessoa Humana. O Alicerce do Sistema

A Constituição Federal de 1988, conforme abordado, instaurou uma nova ordem jurídica. Assim, é de se indagar qual seria fundamento desse novo cenário. A resposta é inevitável: a dignidade da pessoa humana, tal como posto no art. 1º, III³⁹⁸, de nossa Carta Magna³⁹⁹. Nossa doutrina contemporânea, portanto, é praticamente unânime em sustentar:

funciona o princípio da dignidade da pessoa humana como último reduto de hermenêutica, o qual deve ser tomado como limite inatacável de qualquer direito e garantia fundamental. O Estado tem por dever e função cumprir os direitos fundamentais. A emancipação da hermenêutica reside na interpretação de todo o texto constitucional em função do princípio da dignidade da pessoa humana e do dever estatal⁴⁰⁰.

A Constituição Federal ao juridicizar o princípio da dignidade humana, conforme esclarece Ana de Paula Barcellos⁴⁰¹, atribuiu-lhe duas qualificações, a saber: existencial e operacional. A existencial assegura-lhe a impossibilidade de vir a ser suprimida, o que se consumou por intermédio do uso da técnica da cláusula pétrea (CF/88, art. 60, § 4º, inc. IV). Do ponto de vista operacional atribui-lhe eficácia jurídica positiva, constituindo, portanto, não só o núcleo dos direitos fundamentais, como também do nosso ordenamento jurídico. Comunga desse pensamento Luiz Edson Fachin, ao sustentar que a dignidade da pessoa humana funciona como “princípio estruturante, constitutivo e indicativo das idéias diretas

³⁹⁸ “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana.” (BRASIL. **Constituição Federal**, 1988).

³⁹⁹ Sobre o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, ver, dentre outros: SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999; SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996; ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

⁴⁰⁰ GEBRAN NETO, João Pedro. **A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 196.

⁴⁰¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 27 e ss.

básicas de toda a ordem constitucional”, inclusive fulminando de inconstitucionalidade qualquer preceito que venha com ela conflitar⁴⁰².

A proteção da dignidade da pessoa humana, aliás, não se limita ao sistema jurídico brasileiro. Ao contrário, revela-se uma tendência universal, desde a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, na qual “todos os países do mundo, inclusive aqueles que não atravessaram o largo processo histórico de formação do Estado Liberal e democrático moderno, dispõem de um código internacional como comportar-se e como julgar os demais”⁴⁰³. Ainda que não se constitua em um tratado internacional e, tampouco, possua natureza cogente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos indica diretrizes a serem seguidas pelos Estados⁴⁰⁴.

Preocupada com o respeito devido ao princípio da dignidade humana, Suzana Tavares da Silva sustenta que se trata de um dever da sociedade. E assim o faz, sob o argumento de que “o dever surge intimamente relacionado com a liberdade moral”⁴⁰⁵ e, em conseqüência, os princípios jurídicos plasmados na Declaração Universal dos Direitos do Homem para que sejam efetivamente cumpridos devem ser tratados não só como obrigação jurídica, mas também como dever moral, ou pelo menos, obrigação moral, uma vez que o cumprimento dessa obrigação pressupõe “um certo grau de eticidade e interiorização, pois a ela está associada uma sanção não jurídica, mas um grau de reprovação moral”, ou seja, constitui “um meio caminho entre a obrigação jurídica e a obrigação moral”⁴⁰⁶. Paulo Otero, por sua vez, afirma que a dignidade da pessoa humana consubstancia um “verdadeiro patrimônio espiritual comum da humanidade”⁴⁰⁷.

As repercussões do respeito devido ao princípio da dignidade da pessoa humana, destarte, atingem diferentes horizontes e contextos, não só no aspecto moral, social e individual, mas também na vertente econômica. Incumbe, pois, ao operador do direito evitar

⁴⁰² FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo...**, p. 191.

⁴⁰³ LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. **Os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais na América Latina e o Protocolo de San Salvador**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 29.

⁴⁰⁴ “A Declaração Universal dos Direitos Humanos não possui qualquer valor de obrigatoriedade para os Estados. Ela não é um tratado, mas uma simples declaração, como indica o seu nome. O seu valor é meramente moral. Ela indica as diretrizes a serem seguidas neste assunto pelos Estados. (...) De qualquer modo pode-se afirmar que atualmente há uma espécie de consenso em considerá-la um sistema internacional e, portanto, obrigatória.” (MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 823)

⁴⁰⁵ SILVA, Suzana Tavares da. O respeito devido ao princípio da dignidade humana. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Coord.). **Direitos Humanos, Estrangeiros, Comunidades Migrantes e Minorias**. Oeiras (PT): Celta, 2000. p. 243.

⁴⁰⁶ SILVA, Suzana Tavares da. *Op. cit.*, p. 245.

⁴⁰⁷ OTERO, Paulo. *Op. cit.*, p. 81.

mera retórica, minorando o descompasso existente entre o texto de lei e a sociedade real. Afinal, há uma notória separação, tanto que “muitas das lutas políticas e dos impasses institucionais nesse continente (América Latina) não passam de esforços e tentativas quase sempre frustradas para tornar real o que as constituições de seus respectivos países asseguram formalmente ser direito dos cidadãos, mas que se tornaram, na realidade, privilégios de alguns setores sociais”⁴⁰⁸.

Inegável, pois, que no desempenho desse compromisso, o princípio da dignidade da pessoa humana funciona como diretriz material para a identificação e concretização de outros princípios – explícitos ou implícitos – localizados em outras partes da Constituição Federal. Nesse sentido a lição de Ingo Wolfgang Sarlet,

a dignidade da pessoa opera como referencial para a construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, seja para a segura identificação de direitos fundamentais dispersos pelo Texto Constitucional, seja para o efeito de viabilizar, com fundamento direto no princípio da dignidade da pessoa, o reconhecimento de posições jurídico-fundamentais (na condição de direitos subjetivos) autônomas ou pelo menos não expressamente reconhecidas pelo constituinte⁴⁰⁹.

Exemplo dessa função, diz respeito à recente discussão envolvendo a questão do patrimônio mínimo, isto é, o direito que possuem todos os brasileiros ao acesso de um patrimônio mínimo que lhes garanta uma vida digna, e, por sua vez, segundo Elimar Szaniawski, o fundamento desse direito “repousa sobre o princípio da dignidade da pessoa humana que ordena e garante a todos o indivíduos de viverem dignamente, desfrutando de, pelo menos, um mínimo de qualidade de vida, como seres humanos que são”⁴¹⁰.

Nos Tribunais, outrossim, já se pode vislumbrar a existência de decisões derivadas – ainda que indiretamente – do princípio de exame, dentre as quais o seguinte julgado extraído do E. TJSP:

Valorização da concepção social do contrato, consagrando o princípio da dignidade da pessoa humana. O instituto da lesão, já renunciado no projeto

⁴⁰⁸ FARIA, José Eduardo. **Justiça e Conflito** (Os Juízes em face dos novos movimentos sociais). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 107.

⁴⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Notas em torno da relação entre o Princípio da Dignidade Humana..., p. 236.

⁴¹⁰ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 174.

do novo Código Civil, é apropriado para adequação de cláusula financeira de venda e compra de um terreno de 125m², sem rede de água, esgoto e energia elétrica, em bairro periférico, negociado pelo valor quase cinco vezes maior que o preço de mercado a pessoas inexperientes. Provimento parcial para valorização da concepção social do contrato, consagrando o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e da boa-fé na relação de consumo (arts. 129, 51, IV e § 1º e II, da Lei 8.079/90 e 5º, LICC)⁴¹¹.

No caso em exame, pretendiam os autores manter a aquisição do imóvel e, por conseguinte, o contrato pagando o preço justo, isto é, o preço de mercado, o qual na sua ótica equivalia a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Para tanto, pediram ao juiz a revisão do contrato. O vendedor, por sua vez, uma sociedade por ações, postulava a manutenção do contrato, com o pagamento do preço ajustado, isto é, R\$ 70.052,32 (setenta mil, cinquenta e dois reais e trinta e dois centavos). Fundamentou sua pretensão no princípio da autonomia da vontade das partes e na obrigatoriedade do contrato. Embora julgada improcedente em primeira instância, a pretensão dos autores recebeu parcial acolhimento pelo E. TJSP, que, por seu turno, privilegiou uma racionalidade de direito civil constitucional em detrimento de simples positivismo, prevalecendo, pois, à concepção social do contrato, com a concretização dos valores consagrados na Constituição da República. Nesse mister, com apoio em avaliação judicial, o Tribunal reduziu o preço da venda para R\$ 38.500,00 (trinta e oito mil e quinhentos reais).

Pois bem. Trata-se de decisão merecedora de aplausos, mesmo porque consagra a efetivação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Contudo, não se pode deixar destacar uma outra análise, qual seja: ainda que sob a ótica da valorização da concepção social do contrato, a decisão em análise acaba por (indiretamente) manter o modelo⁴¹² atual, isto é, uma análise econômica do direito. Afinal, em sua fundamentação a decisão recorrida sustenta que,

se o contrato adquiriu função social, devemos adaptá-lo aos anseios constitucionais, notadamente o da dignidade da pessoa humana – art. 1º, III, da CF – e que pressupõe a eliminação da desigualdade monetária, que secundariza o proletariado diante do megainvestidor. Nada mais adequado,

⁴¹¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Ap. Cív. 115.014-4/2 – 3ª Câm de Férias – Rel. Ênio Santarelli Zuliani. **Revista de Direito Privado**, n. 11, p. 378, jul./set. 2002.

⁴¹² Para Miguel Reale modelo de direito é a “estrutura normativa que ordena fatos segundo valores, numa qualificação tipológica de comportamentos futuros, a que se ligam determinadas conseqüências instauradas em virtude de um ato concomitante de escolha e decisão”. (REALE, Miguel. **Direito como Experiência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 162)

portanto, que extirpar a cláusula abusiva (reajustamento) para que se restabeleça o equilíbrio das prestações.

E acrescenta: “O Tribunal considera que o valor de R\$ 38.500,00 (R\$ 2.500,00 de sinal e mais 144 parcelas de R\$ 250,00) finaliza um preço adequado para o terreno”.

Inegável, pois, que a decisão em comento, também, se socorre de uma análise patrimonial do direito, ainda que para beneficiar o consumidor. Afinal, para ter acesso a propriedade, o particular terá que suportar o preço de mercado arbitrado pelo Judiciário, caso contrário, ficará sem moradia. Em outras palavras, ainda em valor inferior ao imposto pela sociedade empresarial proprietária, no caso em tela prevaleceu o preço do mercado, embora apurado pelo Judiciário. Impõe-se, destarte, a necessidade de superação desse modelo, por intermédio da concretização de uma análise mais solidária da questão, privilegiando, por conseguinte, o direito constitucional da moradia, corolário da dignidade da pessoa humana. O ponto de partida, portanto, deveria ser a da necessidade de se concretizar o direito à moradia, para então, decidir o modo justo de adquiri-la, ao invés de se interpretar o contrato buscando um preço de mercado que justifique o acesso a moradia própria. Afinal, o imóvel em questão foi utilizado pelo vendedor para fins de mera especulação, sem qualquer função social, tal como exigido pela Constituição Federal⁴¹³. A questão, contudo, é como fazê-lo, posto que, se, de um lado, o direito à moradia foi erigido a direito fundamental, de outro, a perda da propriedade exige prévia e justa indenização⁴¹⁴.

Dentre as alternativas, talvez fosse o caso de estabelecer o preço real da prestação, por intermédio de uma ponderação entre o custo real do investimento suportado pelo vendedor, acrescido de percentual a título de lucro presumido – nada impedindo que, para tanto, fossem utilizados os critérios estabelecidos na legislação fiscal a título de lucro presumido⁴¹⁵ –, com a capacidade contributiva do consumidor, desde que não tivesse celebrado o contrato com má-fé, isto é, com reserva mental de, após firmá-lo e imitir-se na

⁴¹³ **CF/88, art. 5º, XXIII** – “a propriedade atenderá a sua função social;”

⁴¹⁴ **CF/88, art. 5º, XXIV** – “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;”

⁴¹⁵ O lucro presumido é previsto no art. 13 da Lei 9.718/98. De acordo com Daniela Christovão e Marta Watanabe, “o regime do lucro presumido é muito utilizado por ser considerado mais simples e também exigir menos documentação. Recebe o nome de “presumido” exatamente porque nesse regime o Imposto de Renda não é calculado sobre o lucro efetivo. Tanto o IR como a CSLL são calculados sobre uma base presumida de lucro. (...) Na regra geral, a base para o cálculo do imposto é de 8% da receita bruta. (...) O resultado é o lucro presumido, sobre o qual será aplicado o IR. O imposto tem 15% de alíquota básica e 10% de alíquota adicional”. (CHRISTOVÃO, Daniela; WATANABE, Marta. **Guia Valor Econômico de Tributos**. São Paulo: Globo, 2002. p. 56)

posse do imóvel, ingressar no Judiciário para discuti-lo, inclusive não honrando as prestações nos valores contratados⁴¹⁶.

Incumbe destacar, dentro dessa discussão, a preocupação realçada por Ingo Wolfgang Sarlet⁴¹⁷, quanto à banalização, quando não, ao uso inflacionário e panfletário do princípio da dignidade da pessoa humana, cujo resultado pode redundar no esvaziamento do conteúdo da noção de dignidade. Aqui pode ser citado a título meramente exemplificativo, advogar que o princípio do valor nominal da moeda “é um dos requisitos essenciais à garantia da dignidade da pessoa humana nas sociedades capitalistas”⁴¹⁸.

Sem prejuízo da polêmica, resta notório que o princípio da dignidade se situa no centro do sistema, seja na esfera pública, seja na privada, se é que ainda existe tal dicotomia⁴¹⁹. Do mesmo modo, parece-nos inexorável que o respeito a esse princípio já se constitui em critério norteador dos Tribunais, como observam Ana Paula Barcellos e Luís Roberto Barroso:

a percepção da centralidade do princípio chegou à jurisprudência dos Tribunais Superiores, onde já se assentou que “a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ilumina a interpretação da lei ordinária” (STJ, HC 9.892/RJ, Rel. Min. Fontes de Alencar, DJU 26.03.2001). De fato, tem ela servido de fundamento para decisões de alcance diverso, como o fornecimento compulsório de medicamentos pelo Poder Público (STJ, ROMS, 11.183/PR, Rel. Min. José Delgado, DJU 04.09.2000), a nulidade de cláusula contratual limitadora do tempo de internação hospitalar (TJSP, Ac 110.772-4/4-00, Rel. Des. O. Breviglieri, ADV 40-01/636, n. 98.859), (...) dentre muitas outras⁴²⁰.

⁴¹⁶ Sobre essa questão, leia-se a reportagem divulgada pelo jornal **Gazeta do Povo**, em 25.04.2006: “O Procon/PR alerta quem comprou terreno loteado a prazo na Região Metropolitana e bairros periféricos de Curitiba para estar atento a abordagens de advogados. Isso porque, desde o ano passado, muitas pessoas entraram na Justiça contra imobiliárias, sob orientação do Instituto de Proteção e Defesa dos Consumidores e Cidadãos do Brasil (IPDC) ou de outros advogados. Elas estavam com dificuldades para pagar as prestações quando foram visitadas por profissionais da lei que garantiam que seus contratos de compra eram abusivos, e orientavam a questionar judicialmente os valores. Mais tarde, porém, ficaram em dúvida”.

⁴¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade humana..., p. 230-231.

⁴¹⁸ JANSEN, Letácio. **Introdução à Economia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 65.

⁴¹⁹ Sobre a crise da dicotomia público e privado, ver, dentre outros: NEGREIROS, Teresa. A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 343 e ss.

⁴²⁰ BARCELLOS, Ana Paula; BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 129.

O desafio, contudo, não se exaure aqui. A travessia continua na construção de um novo paradigma, no qual a ordem econômica possa contribuir para a construção de uma sociedade mais justa e solidária. Nesse desiderato impõe-se uma análise do relacionamento entre o mercado e a dignidade do homem, mesmo porque o exame e a aplicação do Código Civil dar-se-ão dentro de um cenário social globalizado, sem embargo que o reconhecimento da função social da empresa implique na análise da relação do direito com a economia⁴²¹.

1.2 O Relacionamento entre o Direito e a Economia

Curiosamente a economia e o direito não se constituem em ciências conflitantes, ainda que no mundo real gerem cenários inversos, tanto que, sobre economia, Adelphino Teixeira da Silva⁴²² informa: “a expressão economia tem origem na palavra grega *oikos*, que significa casa, fortuna, riqueza, e na palavra *nomos* (também grega), que quer dizer lei, regra ou administração”. “A economia”, acrescenta o autor, “é a ciência que estuda as relações humanas denominadas econômicas, avaliáveis em moedas e tendo por fim um consumo”. Percebe-se, pois, que ambas as ciências, no mundo ideal, buscam o bem-estar do ser humano, extraindo materiais colhidos imediatamente da sociedade e, como tal,

não podem ignorar-se, e nunca se ignoraram. Com efeito, os homens compreenderam rapidamente que a ordem jurídica afecta o sistema econômico existente e é afectada por este. A economia precisa do direito. O funcionamento harmonioso de um determinado sistema econômico requer um certo mínimo de regras de direito que assegurem a apropriação e o uso dos factores de produção, dos produtos e dos serviços. Assim, o direito enquadra, rege ou normaliza a economia. Inversamente, os danos econômico têm repercussões, procuradas ou não, no sistema jurídico⁴²³.

Em outras palavras, o direito e a economia se voltam para análise da mesma realidade, ainda que por ângulos distintos⁴²⁴. A economia busca propiciar soluções que

⁴²¹ No mesmo sentido, Sueli Baptista de Sousa: “A função social dos institutos jurídicos revela a preocupação que o direito e a sociedade começam a manifestar pela efetividade das normas, (...), mormente, na relação do direito com a economia”. (SOUSA, Sueli Baptista de. *Op. cit.*, p. 178)

⁴²² SILVA, Adelphino Teixeira da. **Iniciação à Economia**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 14.

⁴²³ VAZ, Manuel Afonso. **Direito Econômico**: a ordem econômica portuguesa. 3. ed. Coimbra. Coimbra, 1994. p. 13.

⁴²⁴ “Tanto a ciência econômica como a ciência jurídica têm por objecto comportamentos humanos e relações sociais: a economia, preocupando-se directamente com os fenômenos econômicos em si mesmos, aponta para

facilitem o desenvolvimento econômico, enquanto o direito pretende tutelar o exercício desta atividade, evitando, quando não, minorando os abusos e desigualdades. Todavia, para o êxito dessa sintonia entre o direito e a economia com o escopo de elevar o homem ao centro do sistema e não mais o patrimônio, “é fundamental que os operadores do Direito, em sua totalidade, deixem de preconceitos e aceitem, antes de mais nada, que a Economia exista como Ciência. Que possui leis e regras próprias, e que estas não são sempre fruto da exploração de uma maioria pobre por uma minoria rica”⁴²⁵.

A evolução histórica, no entanto, demonstra que havia um distanciamento entre o Direito e a Economia, mesmo porque o liberalismo defendia que o Estado não deveria intervir na economia. Pontes de Miranda, contudo, não deixou enfrentar essa relação, razão pela qual registrou que o Direito e a Economia são processos de adaptação do ser humano, inclusive enfatizando que a “a economia realiza, violentamente, a adaptação, porque as necessidades da existência humana atuam com a frieza pragmática da luta pela vida”⁴²⁶.

Hodiernamente, porém, há que se enfrentar a proximidade e coexistência entre o Direito e a Economia, mesmo porque o Direito não pode ignorar a realidade social, da qual não só é originário, como também serve para regulá-la, abrangendo, portanto, o âmbito das relações econômicas. Exagerado, porém, sustentar que o “fundamental elemento de ligação entre o Direito e a Economia é, portanto, a moeda”⁴²⁷. A sintonia, assim acredita-se, deriva do estudo das relações humanas.

O que não se pode admitir, então, é uma análise eminentemente econômica do direito⁴²⁸, atribuindo privilégios ao patrimônio em detrimento do sujeito, ainda que sob a retórica que se constitui em mecanismo adequado para a maximização de riquezas e, portanto, propiciará, ao final, uma vida mais digna à sociedade, sem embargo que essa escola preocupe-se com questão extremamente instigante, a saber: “como se poderiam conciliar a aplicação da ordem jurídica, de um lado, e a eficiência econômica, de outro?”⁴²⁹. Sucede, porém, que o

a solução que conduza ao máximo de utilidade; a ciência jurídica, contemplando esses fenômenos econômicos através dos direitos e obrigações que o seu desenvolvimento implica, procura a solução mais justa.” (COSTA, M. J. A. **Direito das Obrigações**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 21)

⁴²⁵ MACHADO, Rafael Bica. *Op. cit.*, p. 41.

⁴²⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Introdução à Política Científica**. Rio de Janeiro: Garnier, 1924. p. 134.

⁴²⁷ JANSEN, Letácio. *Op. cit.*, p. 33.

⁴²⁸ Sobre o histórico da Análise Econômica do Direito e repercussões no Brasil, ver: FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Análise econômica do direito e possibilidades aplicativas no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 27-61, jan./mar. 2005.

⁴²⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. A análise econômica do direito. Direito n. 2. **Revista Semestral da Pós-Graduação da PUCSP**. São Paulo: Max Limonad, 1995. p. 155.

pensamento predominante na análise econômica do direito é no sentido de que “a economia deve prevalecer sobre o direito; isto é, a eficiência econômica deve nortear a aplicação da ordem jurídica”⁴³⁰. Por isso mesmo, propositadamente, afasta-se qualquer investigação – *ainda que superficial* – sobre essa escola, sem embargo do esclarecimento de Ronald Dworkin, no sentido de que “a análise econômica do Direito, que torna central o conceito de maximização da riqueza, deve, (...), ser distinguida da análise do Direito dos economistas, isto é, da aplicação a contextos jurídicos da noção de eficiência dos economistas”⁴³¹.

Ronald Dworkin, à guisa de informação, constitui-se em crítico da abordagem – preponderantemente – econômica do Direito, tanto que participou de inúmeras discussões e debates com os defensores dessa escola como Richard Posner, Guido Calabresi e Ronald Coase⁴³², ocasiões em que destacou as seguintes questões:

A análise econômica sustenta, em seu aspecto normativo, que a maximização da riqueza social é um objetivo digno, de modo que as decisões judiciais deveriam tentar maximizar a riqueza social atribuindo, por exemplo, direitos aos que os comprariam, não fossem os custos da transação. Mas não está claro *por que* a riqueza social é um objetivo digno. Quem pensaria que uma sociedade que tem mais riqueza, tal como definida, é melhor ou está em melhor situação que uma sociedade que tem menos, a não ser alguém que cometeu o erro de personificar a sociedade e, portanto, pensou que uma sociedade está em melhor situação se tem mais riqueza, da mesma maneira que ocorre com qualquer indivíduo? Por que alguém que não cometeu esse erro deveria pensar que a maximização da riqueza social é um objetivo digno?⁴³³

Em verdade, as críticas de Ronald Dworkin demonstram a insubsistência da análise econômica do direito ao pretender substituir a justiça distributiva pela eficiência econômica e, por conseguinte, desconsiderar que existem “valores morais e direitos individuais e sociais que permeiam os sistemas jurídicos e que devem ser garantidos e promovidos pelas

⁴³⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. A análise econômica do direito..., p. 155.

⁴³¹ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 356.

⁴³² “Costuma-se apontar o trabalho seminal de Ronald H. Coase sobre os custos sociais como o marco teórico inicial da análise econômica do direito, intitulado *The Problem of Social Cost* e publicado originariamente em outubro de 1960. (...) A popularização desse estudo levou à formulação do *teorema de Coase*, segundo o qual, a ausência de custos de transação no mercado permitiria uma alocação eficiente de direitos, pois os respectivos titulares, racionais e bem informados, teriam a oportunidade de negociá-los e, assim, melhorar suas condições de bem-estar.” (CAVALI, Rodrigo Costenaro. Análise econômica do direito e justiça distributiva. In: CURTI, Ivan Guérios (Coord.). **Estudos de Teoria Geral do Direito**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 88)

⁴³³ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**..., p. 356.

instituições jurídicas”⁴³⁴. Em síntese, a análise econômica do direito compreende o direito “exclusivamente a partir de um critério de eficiência, sem qualquer preocupação de natureza distributiva”⁴³⁵, de tal sorte que o direito deve se submeter às regras próprias do mercado, pensamento esse, totalmente incompatível com os princípios e valores norteadores da nossa Constituição Federal, sendo que a preocupação com o desenvolvimento desse pensamento agrava-se quando se depara com relatos semelhantes ao consignado por Guiomar T. Estrella Faria:

Parece bastante claro que, em sociedades abaladas por dificuldades econômicas constantes, o argumento de minimização dos custos venha a ter um impacto maior que o respeito pela vida e os direitos de outros cidadãos. (...) Numa sociedade premida pela insegurança econômica – como está acontecendo como a brasileira, em razão dos desacertos sucessivos de políticas governamentais inadequadas – a linguagem dos direitos do cidadão cede terreno, infelizmente, à argumentação fundamentada em custos e preços⁴³⁶.

Não obstante, não se pode negar que tanto a legislação quanto as decisões judiciais geram repercussões diretas na economia de qualquer sociedade, razão pela qual a reforma de legislação atinente à regulação das atividades predominantemente econômicas, geralmente envolve a participação e influência de setores organizados da sociedade, como sucedeu com a recente reforma da legislação falimentar, a qual redundou na Lei 11.101/05, tanto que na ocasião do processo legislativo, o periódico Folha de São Paulo, assim noticiou:

A Lei de Falências é tida como prioritária por Palocci (Ministro da Fazenda) como forma de reduzir os juros bancários para empresas e pessoas físicas. O envio da proposta foi incluído na última revisão de metas do governo brasileiro com o FMI (Fundo Monetário Internacional). Estudos feitos pelo Banco Central indicam que boa parte dos juros cobrados pelos bancos se deve ao elevado risco de inadimplência no Brasil. Para se proteger dos caloteiros, os bancos embutem nas taxas de juros um percentual para cobrir prejuízos com clientes inadimplentes. Com a lei de falências, o que se pretende é facilitar por parte dos bancos a execução de garantias dadas por tomadores de empréstimos. Ficando mais fácil tomar as garantias dos devedores, os bancos poderiam reduzir a inadimplência e, deste modo, também diminuir as taxas de juros⁴³⁷.

⁴³⁴ CAVALI, Rodrigo Costenaro. *Op. cit.*, p. 95.

⁴³⁵ FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. *Op. cit.*, p. 37.

⁴³⁶ FARIA, Guiomar T. Estrella. **Interpretação Econômica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 95.

⁴³⁷ **Folha de S. Paulo**, 02 abr. 2003.

Outros economistas, por sua vez, como Gustavo Loyola sustentam que um dos motivos do custo-Brasil reside no fato de que “o Judiciário é usado como uma máscara para o não-cumprimento de obrigações contratuais”⁴³⁸. Inexorável, pois, que “a insegurança causada pela discricionariedade das decisões judiciais é nociva aos empresários, pois dificulta a organização da atividade econômica, na medida em que prejudicam a elaboração do cálculo empresarial”⁴³⁹. Os magistrados, portanto, devem ter consciência dos efeitos de suas decisões, as quais, às vezes proferidas com o intuito de proteger o sujeito, acabam exatamente gerando efeito inverso, isto é, negativo. Prova dessa conclusão extrai-se de recente tendência dos Tribunais em determinar a exclusão do nome do devedor das centrais de proteção ao crédito (ex: Serasa) pelo simples ajuizamento de ação revisional discutindo o *quantum* da dívida⁴⁴⁰, embora nessas ações, em sua maioria, conste confissão expressa sobre a existência da dívida. O resultado dessa tendência propiciou insegurança às instituições financeiras na concessão de crédito, resultando, pois, não só na restrição à concessão de financiamentos, mas também no aumento das taxas de juros e encargos. Assim, ciente da importância de sua função institucional, o Superior Tribunal de Justiça tratou de reverter seu entendimento jurisprudencial, estabelecendo como requisito para a retirada do nome do devedor daquelas centrais o depósito judicial do valor incontroverso⁴⁴¹. Agindo, como agiu, o Superior Tribunal de Justiça não só tutela aqueles sujeitos de boa-fé que efetivamente foram lesados, como também protege o crédito, mola essencial ao desenvolvimento econômico da sociedade.

Na verdade, o direito deve se preocupar em propiciar alternativas que auxiliem na correção das distorções do mercado, inclusive minorar a desigualdade existente entre o poderio econômico do capital perante o trabalho, o que inclusive possibilitou o nascimento e

⁴³⁸ LOYOLA, Gustavo. Aspectos econômicos do Código Civil. In: IRIB/ABECIP. **O Crédito Imobiliário em Face do Novo Código Civil**. São Paulo: IRIB/ABECIP, 2005. p. 171.

⁴³⁹ SOUSA, Sueli Baptista de. *Op. cit.*, p. 215.

⁴⁴⁰ “**Banco de dados. Serasa. SPC. SDC. Inscrição de devedor. Ação de nulidade.** Tramitando ação onde os devedores pleiteiam o reconhecimento da invalidade do título que teria sido preenchido com valores excessivos, mediante argumentação verossímil, pode o juiz deferir a antecipação parcial da tutela para cancelar a registro do nome dos devedores nos bancos de dados de proteção ao crédito. Art. 273 do CPC e 42 do CDC. Recurso conhecido e provido.” (STJ – 4ª Turma – REsp. 168.934/MG – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – j. em 24.06.1998)

⁴⁴¹ “**Civil. Recurso especial. Ação revisional de contrato. Inscrição em cadastro de inadimplentes. Antecipação de tutela. Impossibilidade.** 1) Conforme orientação da Segunda Seção desta Corte, nas ações revisionais de cláusulas contratuais, ainda que a dívida seja objeto de discussão em juízo, não cabe a concessão de tutela antecipada para impedir o registro de inadimplentes nos cadastros de proteção ao crédito, salvo nos casos em que o devedor, demonstrando efetivamente que a contestação do débito se funda em bom direito, deposite o valor correspondente à parte reconhecida do débito, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado. Requisitos ausentes na hipótese dos autos. Precedentes: REsps. 527.618/RS, 557.148/SP, 541.851/SP, Rel. Min. César Asfor Rocha; REsp. 610.063/PE, Rel. Min. Fernando Gonçalves; REsp. 486.064/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros). 2) Recurso conhecido e provido.” (STJ – 4ª Turma – REsp. 756.738/MG – Rel. Min. Jorge Scartezini – DJ 07.11.2005, p. 306)

desenvolvimento de legislação específica e complexa, denominada Direito do Trabalho, que, por sua vez, historicamente era parte integrante do Direito Civil, tanto que as relações individuais de trabalho eram submetidas “às regras da locação de serviços e, a partir de 1916, reguladas pelo Código Civil”⁴⁴². Paulatinamente, porém, o Direito do Trabalho adquiriu sua autonomia, o que se verifica pela consolidação de princípios específicos, dentre os quais, “o carácter geral protecionista do econômico e juridicamente fraco”, ou seja, “uma tutela especial, intervencionista em relação a determinados sujeitos de direito”⁴⁴³.

É fato, portanto, que o estudo da relação entre direito e a economia não se exaure na denominada análise econômica do direito, tanto que existem outros métodos de pesquisa, como a disciplina jurídica denominada Direito Econômico que trata do estudo da intervenção do Estado no domínio econômico e, portanto, não se confunde ciência jurídica – didaticamente – denominada Direito da Economia, cujo propósito para uns “seria o mero <direito político>, dominado pelas directivas que animariam o quadro econômico considerado. Para outros, importaria a função directiva ou reguladora da economia. Para um terceiro grupo, o ramo do direito em causa ligar-se-ia à realidade concreta das actividades económicas (produção, indústria, consumo)”⁴⁴⁴. Para António Menezes Cordeiro⁴⁴⁵, no entanto,

O Direito da Economia corresponde a um problema de sistemática; ele não se autonomiza na base de directivas políticas, de uma particular função que lhe seja atribuída, de um objecto específico que lhe assiste ou de especificidades metodológicas de monta; ele assenta, antes, numa ordenação de matéria jurídica, operada em torno dos referidos pontos de vista unitários: a direcção e a ordenação económicas.

Desse modo, assiste razão a Guilherme d’Oliveira Martins, quando assevera que “temos, pois, o Direito da Economia, na sua autonomia, como ligado à ordenação e à regulação económicas. Não está, pois, em causa a ideia de direcção ou de controle pelo Estado e pelos entes públicos, mas uma ideia, mais fecunda, de procura de compromissos sociais e de equilíbrios institucionais, orientados para a eficiência e a equidade do sistema

⁴⁴² GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. **Curso Elementar de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1963. p. 33.

⁴⁴³ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Op. cit.*, p. 31.

⁴⁴⁴ MARTINS, Guilherme d’Oliveira; CARVALHO, Luís Guimarães de. **Direito da Economia**. Lisboa: Arco-Íris, 1995. p. XIII.

⁴⁴⁵ CORDEIRO, Antonio Menezes. **Direito da Economia**. Lisboa: Arco-Íris, 1986. v. 1, p. 23.

econômico”⁴⁴⁶. Como se vê é obrigatório que o indivíduo deve sempre ocupar o centro das preocupações e tutelas, não só como resultado final do desenvolvimento da atividade econômica, mas também e principalmente no presente, isto é, durante o exercício dessa atividade. Não se trata de substituir a Economia pelo Direito ou vice-versa, mas tão-somente, de “reconhecer que, por mais que seja necessário obedecer às leis que regem à política econômica, é indispensável que nos seus cálculos de natureza científica – que não podem nem devem ser abandonados – se coloque o *quantum* destinado à supressão progressiva de exclusão social”⁴⁴⁷.

Ora, a empresa como organização econômica de fatores de produção, não apenas situa-se no centro desse relacionamento entre o direito e a economia, como também exige especial atenção, de modo que essa observação possibilite a construção do instrumental jurídico necessário para tutela dos conflitos envolvendo consumidores, empresários, trabalhadores, dentre outros. O direito, portanto, por intermédio do exame dos fenômenos econômicos, deve discipliná-los de modo a facilitar e contribuir para que o desenvolvimento econômico auxilie na concretização de uma vida mais digna aos cidadãos.

1.3 A Possibilidade de Convivência Harmônica entre o Lucro e a Dignidade da Pessoa Humana. Uma Proposta para Reflexão

O jurista tem o dever de não se tornar um simples intérprete da lei, para se tornar o intérprete do direito, ou seja, a atividade judicial não deve ser reduzida a mera aplicação do direito já posto e sim, tem a obrigação ser criativa e produtora do direito. Afinal, as relações econômicas, políticas e sociais produzidas pela atual sociedade de consumo envolvem todos os povos, isto é, todos os Estados, por mais frágil que possa ser um deles. O capital não respeita as fronteiras. Uma crise econômica (ainda que temporária) na Turquia gera reflexos no Brasil e vice-versa. As mesmas notícias e programas são transmitidos aos americanos, asiáticos, africanos, dentre outros. Consolida-se a sociedade da informação⁴⁴⁸. A perseguição

⁴⁴⁶ MARTINS, Guilherme d’Oliveira; CARVALHO, Luís Guimarães de. *Op. cit.*, p. XIV.

⁴⁴⁷ REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias...**, p. 116.

⁴⁴⁸ A respeito, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Paulo Rabello de Castro observam que “A globalização, como fenômeno sociológico de expansão dos horizontes de interesses das sociedades humanas, não é um fenômeno novo na história. Ela tem surgido em alguns períodos como resultado de difusão cultural, ampliação de fronteiras políticas, desenvolvimento de atividades econômicas ou de propagação religiosa. A

do lucro torna-se uma obsessão, diante da derrocada dos regimes comunistas e o esfacelamento do Estado do Bem-Estar Social. Infelizmente, é dentro dessa malsinada realidade que entrou em vigor o Código Civil, devendo, portanto, ser interpretado, sem olvidá-la, mas sim, com o intuito de corrigi-la.

Afinal, com certeza, o jurista faz parte desse cenário. Não precisa, contudo, comungar com tal prática. Não se pode olvidar que, se no modo de produção capitalista a busca pelo lucro é inevitável, do mesmo modo tem que ser a proteção da dignidade humana. Incumbe-lhe, destarte, ponderar esses interesses, em tese, antagônicos, possibilitando, pois, uma convivência harmônica, mesmo porque os fins econômicos prestam-se para proporcionar um melhor padrão de vida aos homens. A dignidade humana, portanto, não seria tão maculada, se a Economia não se limitasse a cuidar, tão-somente, das definições de juros, preços, rendas e lucros. Em outras palavras a construção de uma ordem econômica mais ética e justa exige não só dos economistas, como também dos juristas, princípios morais, éticos e jurídicos sólidos.

Nesse desiderato, indispensável distinguir o lucro lícito do lucro especulativo. Afinal, como bem observa Octávio Gouvêa Bulhões, “Os países que progridem são os que elevam a renda nacional por meio de repetidos e crescentes investimentos. (...) O lucro oriundo da escassez independe da técnica produtiva. É lucro alheio ao investimento e, conseqüentemente, alheio à poupança. A despreocupação de poupar facilita o desperdício e induz à ostentação do consumo. É um quadro social que revolta”⁴⁴⁹.

Inegável, então, que o lucro lícito possibilita novos investimentos, pesquisas, reflexões e, portanto, o desenvolvimento da sociedade, isto é, tributos, empregos e divisas. Já o lucro especulativo presta-se, tão-somente, para aumentar as desigualdades sociais entre pessoas e nações. Não se pode, pois, desestimular a busca do lucro lícito, mesmo porque a sua função não se resume a gerar resultados apenas ao seu titular e, sim, à sociedade. Corolário

globalização já foi cultural, pelo poder, por exemplo, como se deu no mundo helênico; foi política, pelo poder da espada, como no mundo romano; foi econômica, pelo poder das riquezas, como no mundo ibérico dos descobrimentos, e religiosa, pelo poder da fé, como no mundo cristão. Outros movimentos globalizantes apresentaram combinações desses interesses, como o da expansão do Islã e do imperialismo, sendo que este último se desdobrou em manifestações específicas, como o inglês, o norte-americano e, por último, o soviético. A globalização que se experimenta neste fim de século e de milênio ultrapassa, porém, todas essas experiências, pois ela não é só mais ampla e diversificada: é, sobretudo, mais profunda, pois é um produto da Revolução das Comunicações e, por isso, veio para permanecer”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; CASTRO, Paulo Rabello de. O futuro do Estado: Do pluralismo à desmonopolização do poder. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **O Estado do Futuro**. São Paulo: Pioneira, 1998. p. 52)

⁴⁴⁹ BULHÕES, Octávio Gouvêa. **Dois Conceitos de Lucro**. Rio de Janeiro: Apec, 1969. p. 25-26.

disso é a função social do administrador estatuída no art. 154 da Lei das Sociedades por Ações⁴⁵⁰, repita-se.

Estabelecida essa premissa, há que se privilegiar a dignidade da pessoa humana. Lógico que, em determinadas situações, inicialmente, o benefício econômico coexiste com bem-estar social derivado da geração de novos empregos e aumento da atividade econômica, possibilitando novas trocas, o que, sendo assim, não é reprovável, desde que travessia e o resultado final (caso alcançado⁴⁵¹), obrigatoriamente, contribuam para a erradicação da pobreza e consolidação de uma sociedade mais justa e solidária, o que é totalmente compatível com a proteção da dignidade da pessoa humana. Exemplo dessa constante tensão entre interesses econômicos e sociais foi a concorrência entre os Estados da República Federativa do Brasil, visando às instalações de empresas multinacionais. Afinal, aproveitando-se do seu poderio econômico, as empresas fazem inúmeras exigências e solicitações, instaurando destarte, verdadeira competição entre os Estados (às vezes, países), os quais acabam concedendo benefícios e isenções fiscais, com o intuito de atrair as referidas corporações. Em um primeiro momento, poder-se-ia dizer que a renúncia fiscal implica uma redução de investimentos em áreas sociais fundamentais, como educação, saúde, habitação e segurança em benefício exclusivo de determinado grupo econômico. Há que se observar, todavia, que, após o transcurso de determinado período, tais empresas passarão a recolher tributos, aumentando a arrecadação. E mais, com elas surgirão novos empregos e outras empresas fornecedoras, trazendo, pois, desenvolvimento a determinada região e aumento de arrecadação tributária da administração pública, o que, em tese, possibilita uma vida mais digna aos habitantes daquela localidade.

Não se pretende aqui adotar determinada posição sobre o citado exemplo e, tampouco, sobre outros, mesmo porque as hipóteses são infinitas, bem como as opiniões, inclusive dos governantes. Prova isso, reside na controvérsia envolvendo a instalação de montadoras, que se consumou entre 1994 e 2002 no Estado do Paraná, quando era governado pelo Sr. Jaime Lerner. Naquela ocasião, como resultado da política do Governo Estadual do Paraná de incremento à instalação de pólo automobilístico, as montadoras ganharam daquele Governo Estadual, benefícios de ordem financeira e tributária. Posteriormente, houve a mudança da administração do Governo do Paraná, sendo que o novo Governador, Sr. Roberto

⁴⁵⁰ **Lei 6.404/76, art. 154:** “O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”.

⁴⁵¹ Afinal, fazendo uso da expressão de Luiz Edson Fachin, nada impede “o ponto da chegada talvez não passe de uma nova partida”. (FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família...**, p. 289)

Requião, não comungava do mesmo entendimento, razão pela qual encaminhou os contratos celebrados entre a administração pública e as montadoras ao Ministério Público, originando, pois, inúmeras ações civis públicas, sob o argumento, dentre outros, de que em decorrência desses acordos, “todos os meses receitas públicas estão deixando de ser carreadas aos cofres do Estado. A consequência dessa falta de ingresso de recursos é a impossibilidade real e atual da não implementação das políticas públicas e sociais, ou seja, investimentos que geram benefícios a toda a coletividade não estão sendo realizados”⁴⁵². Até o encerramento desse estudo não havia – acredita-se – manifestação definitiva do Poder Judiciário sobre a polêmica em exame, em que pese a existência de sentença da lavra do Juiz da 4ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba/PR, julgando procedente a ação civil pública tombada sob o n. 40.004, para declarar a parcial ilegalidade e nulidade de determinada cláusula envolvendo contrato celebrado entre determinada montadora e o Governo do Estado do Paraná⁴⁵³.

O presente registro, na verdade, presta-se exclusivamente para realçar que na solução de um caso concreto, incumbe ao jurista analisar todos os interesses em conflito, inclusive suas repercussões, ao invés de se limitar a simples interpretação literal e imediata.

Inegável, pois, que a concretização da proteção à dignidade humana sempre deve prevalecer, cuja análise exige a observação de todo o contexto da sociedade e, por conseguinte, os interesses em conflito, o que somente se consumará em casos concretos, por intermédio da ponderação dos bens e interesses envolvidos.

A ponderação, todavia, deve sempre buscar como resultado final a implementação material do princípio da dignidade da pessoa humana. O desenvolvimento da ponderação, todavia, deve pautar-se numa argumentação jurídica, cujo uso se impõe na solução de casos emblemáticos, afastando, portanto, situações mais simples, nas quais a subsunção de regra constitucional é suficiente para resolvê-las, como é caso da obrigatoriedade de prévia e justa indenização (CF/88, art. 184)⁴⁵⁴ em caso de desapropriação, para fins de reforma agrária,

⁴⁵² Cf. trecho da petição inicial da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Paraná em desfavor do Estado do Paraná e Outros, a qual foi distribuída sob o n. 7.751/03, perante a 4ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba/PR.

⁴⁵³ Para justificar o seu entendimento, dentre outros fundamentos e motivos, o Juiz Jefferson Alberto Johnsson consignou na sua sentença: que, “sem desconhecer os objetivos do fundo de desenvolvimento econômico, entendo que o fomento do desenvolvimento econômico do Estado do Paraná não pode ignorar o princípio da legalidade, da razoabilidade e proporcionalidade e chegar ao cúmulo de confundir incentivo com donativo. (...) Muito embora, exista contrapartida, com o recolhimento de impostos, empregos, exportação (que na verdade não se trata de favor, mas obrigação da empresa), isto não significa que se possa ignorar a lei e conceder financiamento, sem pagamento de juros e correção monetária”

⁴⁵⁴ **CF/88, art. 184:** “Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida

mesmo de imóvel particular rural que não esteja cumprindo sua função social. Em suma, a técnica da ponderação, além de coexistir com os métodos tradicionais aplicáveis aos casos de menor complexidade, “não é um convite para o exercício indiscriminado de ativismo judicial”⁴⁵⁵. A ponderação, portanto, consiste em uma técnica de decisão judicial que identifica as normas pertinentes, seleciona os fatos relevantes e os interesses em conflito, atribuindo-lhes, ao final, um maior peso a um deles, por intermédio da explicitação de uma conclusão (decisão) devidamente fundamentada (CF/88, art. 93, IX) dentro das normas que regem nosso ordenamento jurídico, sem olvidar que “todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da *proporcionalidade* ou *razoabilidade*”⁴⁵⁶, que, por sua vez, já constitui razão de decidir de inúmeros julgados, inclusive do Supremo Tribunal Federal. Nesse particular, destaque-se o seguinte precedente:

Inadmissibilidade da utilização, pelo Poder Público, de meios gravosos e indiretos de coerção estatal destinados a compelir o contribuinte inadimplente a pagar o tributo (Súmulas 70, 323 e 547 do STF). Restrições estatais que, fundadas em exigências que transgridem os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade em sentido estrito, culminam por inviabilizar, sem justo fundamento, o exercício, pelo sujeito passivo da obrigação tributária, de atividade econômica ou profissional lícita. Limitações arbitrárias que não podem ser impostas pelo Estado ao contribuinte em débito, sob pena de ofensa ao *substantive due process of law*. Impossibilidade constitucional de o Estado legislar de modo abusivo ou imoderado (RTJ 160/140-141 – RTJ 173/807- 808 – RTJ 178/22-24). O poder de tributar – que encontra limitações essenciais no próprio texto constitucional, instituídas em favor do contribuinte – “não pode chegar à desmedida do poder de destruir” (Min. Orosimbo Nonato, RDA 34/132). A prerrogativa estatal de tributar traduz poder cujo exercício não pode comprometer a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria do contribuinte. A significação tutelar, em nosso sistema jurídico, do “estatuto constitucional do contribuinte”. Doutrina. Precedentes. Recurso extraordinário conhecido e provido⁴⁵⁷.

O uso adequado e responsável da técnica da ponderação, portanto, pode contribuir para a convivência harmônica entre o lucro e a dignidade da pessoa humana. Os pilares do Código Civil (eticidade, socialidade e operabilidade) e o princípio da preservação da empresa auxiliam nesse desiderato, inclusive caso venham a ser interpretados de modo a incentivar que

agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei”.

⁴⁵⁵ BARCELLOS, Ana Paula; BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 120.

⁴⁵⁶ *Idem*, p. 118.

⁴⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 415.015 – 2ª Turma – Rel. Min. Celso de Mello. Diário da Justiça da União. Brasília, 15.04.2005.

o lucro seja visualizado não só como causa para a constituição das sociedades empresariais, mas também como incentivo da concretização da função social da empresa, caso parcela dele venha a ser destinada ou repartida aos sujeitos não-proprietários envolvidos naquela relação empresarial. Em assim sendo, a busca do lucro deixaria de se constituir objeto de rejeição por parcela da sociedade, tornando-se elemento que agrega os interesses dos empresários, trabalhadores e consumidores, propiciando aumento da produtividade daquela atividade empresarial, gerando, pois, benefícios coletivos, o que contribui para a redução das desigualdades de nossa sociedade.

2 A REUMANIZAÇÃO DA EMPRESA E A SUPERAÇÃO DOS PARADIGMAS CLÁSSICOS

2.1 Implicações Jurídicas da Globalização Econômica

Vive-se em uma sociedade sem fronteiras, pautada na idolatria do lucro e do consumo. A implosão do sistema econômico do Leste Europeu, somada ao esfacelamento do Estado Providência, produziu uma reorganização da atividade econômica mundial. Consolida-se o fenômeno denominado “globalização”. Surge a sociedade global, com novas características, dentre as quais expansão do capitalismo, por intermédio da internacionalização das finanças; os Estados cedem diante do poder econômico do capital, modificando suas prioridades, como único modo de se adaptar às exigências da economia mundial. Logo, o Estado-nação debilita-se⁴⁵⁸, enquanto os vínculos sociais se dissolvem, ou seja, “os seres humanos se converteram em indivíduos, ao fim, livres de vínculos. Livres de controles tradicionais: da família, da classe social, da espionagem do vizinho. Em cidadãos atados só, se acaso, por vínculos jurídicos: pagar o que se compra”⁴⁵⁹. O homem, portanto, “é reduzido à condição de simples instrumento de produção, ou ao papel de mero consumidor a serviço do capital”⁴⁶⁰, razão pela qual, “a liberdade é, por isso, liberdade de consumo, de atingir o supérfluo, de trocar, não segundo a moral e a consciência, mas segundo a moda e os modelos de opinião”⁴⁶¹.

Percebe-se, pois, que dentre as principais características da globalização, conforme destaca Ronaldo Porto de Macedo, encontram-se: (1) ampliação do comércio internacional e formação de um mercado assentado numa estrutura de produção pós-industrial; (2) homogeneização de padrões culturais e de consumo; (3) enfraquecimento da idéia de Estado nacional em benefício dos agentes econômicos do novo mercado global; (4) formação de blocos comerciais⁴⁶². Esse fenômeno, portanto, gera repercussões não só de ordem política,

⁴⁵⁸ Como bem define Octavio Ianni, “O Estado-nação não só é redefinido, mas perde algumas das suas prerrogativas econômicas, políticas, culturais e sociais, debilitando-se. Aos poucos, algumas dessas prerrogativas apareceram nas decisões e atividades de empresas multinacionais e organizações multilaterais. O que era tradicional e reconhecidamente localizado em países, ou suas capitais, se desterritorializa. Mesmo capitais de países poderosos parecem perder funções, esvaziar-se”. (IANNI, Octavio. *Op. cit.*, p. 41)

⁴⁵⁹ CAPELLA, Juan Ramón. **Os Cidadãos Servos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 146.

⁴⁶⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos...**, p. 457-458.

⁴⁶¹ BARCELONA, Pietro. **O Egoísmo Maduro e a Insensatez do Capital**. Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 1995. p. 108.

⁴⁶² MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Globalização e Direito do Consumidor. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 226.

jurídica e cultural⁴⁶³, mas também e principalmente, de cunho econômico, uma vez que passou a ser melhor examinada desde o Consenso de Washington⁴⁶⁴, proveniente de seminário realizado em 1990, que, por sua vez, reuniu não só os países do Grupo dos Sete (G7), como também presidentes dos vinte (20) maiores bancos internacionais, sem prejuízo do FMI e do Banco Mundial. Nessa ocasião, consolidaram-se as seguintes diretivas: (a) implementação de disciplina fiscal; (b) priorização dos gastos públicos, (c) reforma tributária, (d) liberalização financeira, (e) fortalecimento do regime cambial, (f) liberalização comercial; (g) estímulo ao investimento estrangeiro direto; (h) política de privatização e (i) novo regime de propriedade intelectual⁴⁶⁵.

O desenvolvimento da globalização, portanto, consolida o discurso neoliberal⁴⁶⁶, no qual prevalece a hegemonia do capital, em detrimento das políticas sociais, trazendo consigo, porém, inúmeros paradoxos. Luíza Helena Moll⁴⁶⁷ enumera alguns:

⁴⁶³ “Efetivamente, a globalização pode, também, ser entendida como um processo de massificação cultural decorrente do papel exercido pela mídia internacional, amplamente dominada pelos Estados Unidos da América, com nítida resistência da França e de alguns outros países europeus. Embora tal fenômeno possua evidentes pontos de contato com as globalizações econômica e política, (...) não é ele o mais importante.” (LUCCA, Nexton de. **Direito do Consumidor...**, p. 431)

⁴⁶⁴ “O *Consenso* {neoliberal} de Washington é um conjunto de princípios orientados para o mercado, traçados pelo governo dos Estados Unidos e pelas instituições financeiras internacionais que ele controla e por eles mesmos implementados de forma diversas – geralmente, nas sociedades mais vulneráveis, como rígidos programas de ajuste cultural. Resumidamente, as suas regras básicas são: liberalização do mercado e do sistema financeiro, fixação dos preços pelo mercado (“ajuste de preços”), fim da inflação (“estabilidade macroeconômica”) e privatização. (...) Os “grandes arquitetos” do *Consenso* {neoliberal} de Washington são os senhores da economia privada, em geral empresas gigantescas que controlam a maior parte da economia internacional e têm meios de ditar a formulação de políticas e a estruturação do pensamento e da opinião.” (CHOMSKY, Noam. **O Lucro ou as Pessoas?: neoliberalismo e ordem global**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 21-22)

⁴⁶⁵ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Op. cit.*, p. 234.

⁴⁶⁶ Sobre o discurso neoliberal, Eros Roberto Grau adverte que “não se o pode referir como um discurso, senão como *um conjunto de discursos* distintos e diversos entre si. Dele há várias versões, algumas poderíamos qualificar de *prudentes*, outras nitidamente *imprudentes*, qual a que visualiza no *Estado de direito social e democrático* o inimigo número um do processo de acumulação capitalista e reduz a humanidade exclusivamente àqueles que sejam ativos nos mercados. Nessa versão, à moda de Hayek, as funções do Estado devem ser reduzidas às de *polícia* e de *caridade*, o *Welfare State* é identificado com o Estado despótico e – gravíssimo – nela o discurso atropela e violenta o *Estado democrático*. Nessa versão, aliás, o discurso neoliberal se afasta inteiramente, e mesmo o confronto, do *discurso liberal*, que viabilizou o acesso da generalidade dos homens não apenas a direitos e garantias sociais, mas também aos direitos e garantias individuais. É contra as liberdades formais, no extremo, que, em tal versão, o *discurso neoliberal* investe. Em outra versão, que não reproduz o *individualismo possessivo* em sua pureza, o discurso reclama reflexão, prática aparentemente em desuso”. (GRAU, Eros Roberto. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). **Desenvolvimento Econômico e a Intervenção do Estado na Ordem Constitucional**: estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Sousa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 63)

⁴⁶⁷ MOLL, Luíza Helena. Externalidades e apropriação: projeções sobre o direito econômico na nova ordem mundial. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). **Desenvolvimento Econômico e a Intervenção do Estado na Ordem Constitucional**: estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Sousa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 141)

(a) internacionalização dos mercados X recrudescimento do nacionalismo, (b) queda de fronteiras para o comércio X fortalecimento dos muros para novas migrações, (...) (c) déficit público com inflação X equilíbrio orçamentário com recessão, (d) redução da carga tributária para fomentar investimentos X necessidade de receita para as políticas públicas.

Constata-se, então, que o desenvolvimento desenfreado do modo de produção capitalista possibilita, de um lado a transformação do sujeito em coisa, e de outro, o capital é personificado e bajulado, acabando por constituir “o consumidor e o eleitor, por força da técnica da propaganda de massa, em mero objeto de direito”⁴⁶⁸, o que exige não só reflexões, como também a virada paradigmática na busca da construção de um sentimento global solidário.

Não obstante, em se tratando na globalização de um fenômeno econômico, cultural e político, por certo o fato acaba por gerar repercussões na esfera do direito, mesmo porque sob a justificativa de situações de emergência, alguns governos violam direitos individuais, como bem observa Ricardo Luis Lorenzetti⁴⁶⁹, ainda que enfatizada a realidade socioeconômica do seu país, isto é, a Argentina. Em consequência⁴⁷⁰, alguns operadores do direito sustentam a necessidade do desenvolvimento de um novo direito destinado a enfrentar as questões inerentes à nova economia globalização. Dentre estes se insere Arnold Wald, cuja opinião é de que “a grande ruptura do terceiro milênio consiste na criação, no reconhecimento e na generalização, no mundo inteiro, da nova economia, baseada no desenvolvimento tecnológico e na competição, mas também na globalização e na desmaterialização parcial da riqueza. E esta nova concepção da economia tem reflexos em todos os aspectos na sociedade e inclusive no direito”⁴⁷¹.

É fato, portanto, que a globalização gera repercussões para o direito, sendo que na visão de Ana Maria de Oliveira Nusdeo⁴⁷², pode-se

⁴⁶⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos...**, p. 23.

⁴⁶⁹ LORENZETTI, Ricardo Luís. **Emergencia Pública y Reforma del Régimen Monetario**. Buenos Aires: La Ley, 2002. p. VII.

⁴⁷⁰ “Los temas de la emergencia pública han sido un motivo de gran zozobra en la Sociedad Argentina y en el Estado de Derecho. Hace ya tiempo que se viene percibiendo un progresivo, pero notable deterioro de las instituciones jurídicas en nuestro país, así como una pasiva aceptación de ese fenómeno. (...) La emergencia ha permitido la violación de numerosos derechos individuales, se han dejado de lado reglas fundamentales para el funcionamiento de la sociedad.” (LORENZETTI, Ricardo Luís. *Op. cit.*, VII)

⁴⁷¹ WALD, Arnold. Um novo direito para a nova economia: os contratos eletrônicos e o Código Civil. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). **Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 9.

⁴⁷² NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: O controle da concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 148.

distinguir três ordens de conseqüências, sobre o Direito, do movimento de globalização econômica. Em primeiro lugar, resultado da interligação das economias nacionais e da difusão de políticas econômicas valorizadoras dos mecanismos de mercado, vem-se acentuando um processo de aproximação entre as legislações nacionais em matéria econômica e comercial. Em segundo lugar, identifica-se uma crescente tendência dos operadores internacionais de estabelecer suas próprias regras a fim de reger relações contratuais e solucionar eventuais controvérsias surgidas nas relações comerciais, implicando, assim, a constituição de campos jurídicos autônomos com relação ao direito estatal. Finalmente, em terceiro lugar, vem-se discutindo, com frequência, o possível esvaziamento ou alteração do sentido de conceitos tais como o de soberania e de legitimidade.

Assim, dentro dessa sociedade globalizada, a solução dos conflitos entre sujeitos, primeiramente exige identificá-los, isto é, se a controvérsia envolve nações ou mesmo sociedades empresárias de nacionalidades distintas, quando não, sociedade empresária e consumidor, dentre outras hipóteses. Finda essa identificação, há que identificar as normas aplicáveis ao caso concreto, sempre, porém, enfatizando a prevalência da dignidade da pessoa humana, o que implica a relativização do fenômeno originário da globalização atinente à prevalência de campos jurídicos autônomos em relação ao direito estatal, face à formação e existência de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Afinal,

a Declaração Universal de 1948, ao introduzir a concepção contemporânea de direitos humanos, acolhe a dignidade humana como valor a iluminar o universo de direitos. A condição humana é requisito único e exclusivo, reitere-se, para a titularidade de direitos. Isto porque todo o ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério, senão ser humano. O valor da dignidade humana se projeta, assim, por todo o sistema internacional de proteção. Todos os tratados internacionais, ainda que assumam a roupagem do Positivismo Jurídico, incorporam o valor da dignidade humana⁴⁷³.

A globalização, assim, impõe novos desafios à comunidade jurídica, mesmo porque o acesso à informação na sociedade em geral, se constitui em dado incontroverso, o que até pode ser benéfico⁴⁷⁴. Não se pode, contudo, submeter os novos valores e princípios

⁴⁷³ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade Humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 186.

⁴⁷⁴ Nesse sentido a opinião de Miguel Reale, o qual, embora advertindo que a tão elogiada globalização se reduz a mero disfarce de novo imperialismo dos países ricos, registra que “a universalização do saber e a troca incessante dos resultados de pesquisa e experiência entre as nações representam, por conseguinte, uma nova expressão do ideal do *bem comum* que tem condições de alargar cada vez mais o número dos indivíduos e das coletividades capazes de nele participar de maneira válida e eficaz”. (REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito...**, p. 74)

constitucionais aos interesses das nações mais ricas. O que é fundamental é não esquecer que o direito e a economia existem para preservar o bem comum do homem, razão pela qual, se é certo que desenvolvimento econômico adequado é compatível com a realização da dignidade da pessoa humana, não é menos certo aduzir que, “em caso de conflito entre medidas econômicas e os direitos humanos, estes últimos devem prevalecer”⁴⁷⁵.

Não se deve dizer, no entanto, que a globalização que é responsável por todos os males que se impõem ao Direito, seja no tocante às arbitrariedades, seja no que diz respeito às interpretações equivocadas, mesmo porque um Estado Democrático e plural, como o brasileiro, admite – e até mesmo incentiva – pensamentos antagônicos, todos merecedores de atenção, sem exceção. Todavia, causam-nos certa perplexidade determinadas decisões judiciais, como a que ora se pede licença para transcrevê-la,

O dano moral, como é cediço, é aquele que acarreta, para quem o sofre, muito dor, grande tristeza, mágoa profunda, muito constrangimento, vexame, humilhação, sofrimento. Ora, nas circunstâncias do caso concreto, não se percebe de que forma o uso inconstitucional da imagem da autora pode ter-lhe acarretado dor, tristeza, mágoa, sofrimento, vexame, humilhação. Pelo contrário, a exibição do seu belo corpo, do qual ela, com justificada razão, certamente muito se orgulha, naturalmente lhe proporcionou muita alegria, júbilo, contentamento, satisfação, exaltação, felicidade, que só não foi completa porque faltou o pagamento do valor a que tem direito pelo uso inconstitucional de sua imagem. Só mulher feia pode se sentir humilhada, constrangida, vexada em ver seu corpo desnudo estampado em jornais ou em revistas. As bonitas, não. Fosse a autora uma mulher feia, gorda, cheia de estrias, de celulite, de culote e de pelancas, a publicação de sua fotografia desnuda – ou quase – em jornal de grande circulação, certamente lhe acarretaria um grande vexame, muita humilhação, constrangimento enorme, sofrimentos sem conta, a justificar – aí sim – o seu pedido de indenização de dano moral, a lhe servir de lenitivo para o mal sofrido. Tratando-se, porém, de uma das mulheres mais lindas do Brasil, nada justifica pedido dessa natureza, exatamente pela inexistência, aqui, do dano moral a ser indenizado⁴⁷⁶.

Esse julgado trazido à baila demonstra, por si só, que a globalização não é o único malefício que se impõe ao direito. O exercício inadequado da atividade judicial, também, acarreta riscos e inseguranças, inclusive originando – ainda que involuntariamente – a defesa do retorno do normativismo, a exemplo do que se consumou com o direito natural e seu

⁴⁷⁵ REIS, Henrique Marcello dos. **Relações Econômicas Internacionais e Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 368.

⁴⁷⁶ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Rel. Des. Wilson Marques, 29.09.1999. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**, n. 41, p. 184-187, out. 1999.

esforço para consolidar o direito positivo⁴⁷⁷. Inegável, pois, que o exagero judicial acarreta insegurança aos jurisdicionados e, por conseguinte, prejudica o desenvolvimento da atividade empresarial. Daí a obrigação de que – com ou sem ativismo judicial – todas as decisões judiciais sejam devidamente fundadas de acordo com as regras e princípios que regulam o nosso ordenamento jurídico, afastando por completo o uso de razões e fundamentos imprecisos e carentes de conotação jurídica. Em outras palavras,

É natural que o homem, sendo dotado não só de razão, mas também de sentimento, cultive valores éticos, apurados ao longo da vida social civilizada, e queira que o ordenamento jurídico não seja hostil a tais valores. O que não pode é recorrer a valores imprecisos e inalcançáveis em sua essência absoluta pela razão, para destruir aquilo de concreto e efetivo que o direito pode e deve construir: a segurança jurídica⁴⁷⁸.

Não obstante as polêmicas e pensamentos ecléticos, o que realmente se constata, isso sim, é que o cenário globalizado incentiva a análise econômica do direito, no sentido de que as normas jurídicas devem buscar a maximização da riqueza⁴⁷⁹. O discurso jurídico, portanto, busca transpor o direito estatal, para impor a lei de mercado, comandada pelos grandes grupos econômicos. Em outras palavras, “o direito estatal corre o risco de ser concretamente suplantado por outros tipos de regulação global em decorrência do aparecimento de ordens espontâneas que escapam à regulação estatal”⁴⁸⁰. Em consequência, acaba-se por privilegiar uma ótica jurídica utilitarista, ao invés de solidária e humanista.

A redução do sistema jurídico real ao fator meramente econômico acarreta o colapso de políticas sociais, originando, pois, milhares de cidadãos excluídos, razão pela qual sofrem

⁴⁷⁷ Nesse particular destaque-se a observação de Viviane Nunes Araújo Lima: “tal qual o zangão no reino animal, o macho que desde o seu nascimento esforça-se para atingir a idade adulta e assim fecundar a abelharinha para morrer em seguida, o direito natural, desde os tempos mais remotos, esforça-se para fecundar o direito positivo, impregnando-o dos valores mais preciosos – justiça, liberdade, bem comum. No momento em que realiza esta tarefa (...), morre solapado pelo Positivismo imperioso e avassalador do século seguinte, pela Era das Codificações”. (LIMA, Viviane Nunes Araújo. **A Saga do Zangão**: uma visão sobre o direito natural. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 18)

⁴⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**. São Paulo: IOB, v. 7, n. 40, p. 47, mar./abr. 2006.

⁴⁷⁹ “A origem dessa escola pode ser encontrada nos trabalhos de Guido Calabresi e Ronald Coase, respectivamente, sobre atos ilícitos e custos sociais, tendo ganhado espaço em diferentes ramos do direito, inclusive, o societário. A teoria econômica sugere que a melhor interpretação das normas jurídicas é oferecida pelo princípio econômico. Segundo esse princípio, as normas jurídicas são eficientes quando permitem a maximização da riqueza global, mesmo que isso seja feito à custa de prejuízo a um agente econômico específico.” (MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Op. cit.*, p. 17)

⁴⁸⁰ ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização**: lições de filosofia do direito e do Estado. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 166.

severas críticas⁴⁸¹. Desta forma, para acalmá-los, nasce um discurso de políticas humanistas, pautado em valores éticos e sociais, sem, contudo, concretizá-las, a exemplo do que sucede como o discurso envolvendo os direitos humanos⁴⁸². Aqui reside o papel do operador do direito, isto é, minorar o descompasso existente entre o mundo real e o direito positivo, ou seja, concretizar as políticas sociais e humanitárias almejadas pelo legislador constituinte. Incumbe-lhe ainda, evitar o desvirtuamento da análise econômica do direito, de modo que possa coexistir a noção de patrimônio e pessoa.

2.2 A Busca de um Sentido Comum Solidário e Participativo

Muito embora o FMI afirme claramente que “a globalização (...) é um dos principais motores do crescimento (...). Permitindo maior divisão de trabalho e uma repartição mais eficiente da poupança”⁴⁸³, inexoravelmente, encontra resistência em todo o planeta, ainda que tenha reduzido o isolamento de alguns países, bem como ampliado o acesso à informação de outros. E nem poderia ser diferente essa rejeição, uma vez que, para a

maior parte da humanidade a globalização está se impondo uma fábrica de perversidades. O desemprego crescente torna-se crônico. A pobreza aumenta e as classes médias perdem em qualidade de vida. O salário médio tende a baixar. A fome e o desabrigo se generalizam em todos os continentes. (...). Alastram-se e aprofundam-se males espirituais e morais, como os egoísmos, os cinismos, a corrupção. (...). Todas essas mazelas são direta ou indiretamente imputáveis ao presente processo de globalização⁴⁸⁴.

⁴⁸¹ “Afiml, se os modelos jurídicos são plasmados na concretude das relações humanas, e se estas evidentemente não podem ser reduzidas ao fator econômico, o objetivo da norma jurídica jamais poderia ser reduzido ao princípio da maximização da riqueza. A ordem jurídica há de se orientar à concretização dos diversos valores inerentes a cada aspecto da vida humana, devendo as normas e as decisões sobre conflitos pautar-se pelos princípios jurídicos que a partir desses valores são reconhecidos. Em sociedades desiguais como a brasileira, a preocupação distributivista, por exemplo, jamais poderia ser posta de lado, como o faz a teoria econômica do direito.” (MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Op. cit.*, p. 23)

⁴⁸² *Vide* tópico infra.

⁴⁸³ Boletim do FMI, 19 de maio de 1996, apud PASSET, René. **Elogio da Globalização**: por um contestador assumido. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2003. p. 19.

⁴⁸⁴ SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização**: do pensamento único à consciência universal. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 19-20.

Mesmo assim, no mundo ocidental⁴⁸⁵, desenvolveu-se um discurso de universalização dos direitos humanos, talvez até para minorar os efeitos nefastos do império do dinheiro. Esse discurso funciona como contrapeso dos efeitos nefastos da economia do mercado, ainda que paulatinamente apresente resultados, como, por exemplo, a queda do regime *apartheid* na África do Sul⁴⁸⁶.

A desigualdade proveniente das forças do mercado inerente ao desenvolvimento da globalização, porém, possui um ritmo bem mais acelerado que a concretização dos direitos humanos, em que pese a maioria dos países, inclusive subdesenvolvidos, tê-los adotado em texto de lei constitucional. Para tanto, basta investigar as Constituições dos Estados de língua portuguesa. Não só as Constituições de Portugal e do Brasil⁴⁸⁷, como as demais. Afinal, a Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe, por intermédio do seu art. 6º sustenta que “é um Estado de Direito Democrático, baseado nos direitos fundamentais da pessoa humana”. A Constituição da República de Moçambique, por sua vez, no seu art. 70 assegura que “todo o cidadão tem direito à vida. Tem direito à integridade física e não pode ser sujeito a tortura ou tratamentos cruéis ou desumanos”. Já a Constituição da República de Cabo Verde, logo no seu art. 1º assegura que “Cabo Verde é uma República soberana, unitária e democrática, que garante o respeito pela dignidade da pessoa humana e reconhece a inviolabilidade e inalienabilidade dos Direitos do Homem como fundamento de toda a

⁴⁸⁵ Enfatize-se: mundo ocidental, pelo fato de que nos países de cultura islâmica prevalece o direito religioso contido no Corão, ao invés da universalização dos direitos fundamentais. Como bem sustenta Manoel Gonçalves Ferreira, o islamismo não aceita “o princípio da igualdade entre fiéis e infiéis, entre homens e mulheres, obstáculo dificilmente transponível para a universalização dos direitos fundamentais. Recusa, também, a liberdade de crença, não aceitando que o muçulmano abandone a religião islâmica. Na verdade, deve ele ser morto, se o fizer. Não aceita, para o homem a liberdade de contrair casamento com pessoas de determinadas religiões (...) Seu direito penal consagra penas que, na opinião dos “ocidentais”, seria intoleráveis, cruéis, desmedidas: o apedrejamento da adúltera, a amputação de membros dos culpados de certos crimes: da mão do ladrão, as marcas infamantes etc.”. (FERREIRA, Manoel Gonçalves. As especulações sobre o futuro do Estado. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **O Estado do Futuro**. São Paulo: Pioneira, 1998. p. 110-111)

⁴⁸⁶ Como bem explica José Augusto Lindgren Alves, “O discurso dos direitos humanos é pouco imediatista, mas tem derrubado ditadores. Há pouco tempo, destituiu o sistema do *apartheid*. Quando não chega a demitir pela base governos autoritários de natureza secular, tende pelo menos a controlar a vergonha”. (ALVES, José Augusto Lindgren. Cidadania, direitos humanos e globalização. In: PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional: desafios do direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2004. p. 94)

⁴⁸⁷ **CF/88, art. 4º**: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II – prevalência dos direitos humanos”.

comunidade humana, da paz e da justiça”. No mesmo sentido a Constituição da República da Angola⁴⁸⁸, Guiné-Bissau⁴⁸⁹ e Timor-Leste⁴⁹⁰.

O aumento do ideário e princípios humanistas no texto constitucional de diversos países não se constitui o único efeito benéfico da barbárie econômica inerente à globalização, a qual, também, redundou em discursos contrários dos seus próprios defensores iniciais, dentre os quais se insere Joseph E. Stiglitz, o qual figurou durante longos anos como chefe do Conselho de Consultores Econômicos do governo Clinton dos EUA e como economista-chefe e vice-presidente sênior do Banco Mundial, obtendo inclusive o prêmio Nobel de Economia em 2001, agora sustenta que “em muitas situações, os benefícios da globalização têm sido menores do que os seus defensores apregoaram, e o preço pago tem sido maior, já que o meio ambiente foi destruído e os processos políticos corrompidos, além de o ritmo acelerado das mudanças não ter dado aos países tempo suficiente para uma adaptação cultural”⁴⁹¹, razão pela qual, defende Stiglitz que “o problema não está na globalização, mas na maneira como ela foi gerida. Parte do problema está nas instituições econômicas internacionais, no Fundo Monetário Internacional, no Banco Mundial e na Organização Mundial do Comércio”⁴⁹².

Ora, a administração desses organismos internacionais (FMI, OMC etc.) não se encontra no âmbito da proposta do presente estudo. O destaque dessa malsinada realidade, contudo, tem por objetivo deixar claro (ainda que notório) que a globalização e, por conseguinte, o processo de integração dos blocos regionais⁴⁹³ é um caminho sem volta, cuja barbárie inerente à economia de mercado imposta pelos grandes conglomerados

⁴⁸⁸ ANGOLA. **Constituição da República da Angola, de 1992, art. 2º**: “A República da Angola é um Estado Democrático de Direito que tem como fundamento a unidade nacional, a dignidade da pessoa humana, o pluralismo de expressão e de organização política e o respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais do homem, quer como indivíduo, quer como membro de grupos sociais organizados”.

⁴⁸⁹ GUINÉ-BISSAU. **Constituição da República de Guiné-Bissau, de 1993, art. 29.2**: “Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”.

⁴⁹⁰ TIMOR-LESTE. **Constituição da República Democrática de Timor-Leste, de 2002, art. 23**: Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes da lei e devem ser interpretados em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos”.

⁴⁹¹ STIGLITZ, Joseph E. **A globalização e seus Malefícios**. São Paulo: Futuro, 2002. p. 35.

⁴⁹² STIGLITZ, Joseph E. *Op. cit.*, p. 263.

⁴⁹³ “Um dos resultados mais prementes da globalização do sistema capitalista mediante o capital financeiro foi a estruturação de blocos econômicos unificados, ou seja, dos processos de integração econômica supranacional em escala regional. Tal fato, longe de significar uma harmonização de interesses dentro de mercados abertos no plano mundial, representa precisamente o contrário: a liberação comercial entre os países integrantes de cada bloco é acompanhada pelo estabelecimento de um protecionismo ainda maior em relação ao resto do mundo (...) O sistema de relações internacionais pautado no bilateralismo da Guerra Fria não foi substituído por um multilateralismo efetivo e integrado, ainda que a OMC (Organização Mundial do Comércio) tente trabalhar neste sentido, enxergando os dois processos como complementares (o da globalização e o da regionalização).” (SILVA, César Augusto da. **O Direito Econômico na Perspectiva da Globalização: análise das reformas constitucionais e da legislação ordinária pertinente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 43)

internacionais⁴⁹⁴ – ainda que involuntariamente – obriga a concretização de um discurso humanitário, sob pena de inexistir mercado de consumo. Ou seja, não adianta mais existir uma legislação protetiva dos consumidores, se maioria da população dos países pobres não possui acesso ao mercado de consumo.

Percebe-se, pois, que o desenvolvimento da legislação consumeirista em diversos países, como a ampliação do rol dos direitos fundamentais, acaba por encobrir a real intenção de aumentar a economia de mercado. Ou seja, o discurso de que os consumidores gozam de uma proteção especial possibilita um aumento das aquisições de produtos e, por conseguinte, aumento dos lucros dos detentores do capital. Esse sistema perverso, entretanto, encontra-se por eclodir. Não basta mais, apenas o discurso, é indispensável a realização de resultados, mesmo porque, a despeito de todo o esforço da indústria da informação em manipular e controlar em massa a opinião da sociedade, a perversidade dessa realidade acaba gerando resultado diverso, como observa Alcides Ribeiro Soares,

a indústria cultural, notadamente no tocante aos meios eletrônicos de comunicação de massa, utilizados com grande frequência para a manipulação ideológica da população em prol dos interesses da burguesia, constitui hoje um dos ramos mais lucrativos, de vanguarda, da própria produção e reprodução em escala ampliada do capital. Em contrapartida a isso, e não obstante toda a força dessa manipulação, as relações capitalistas de produção produzem e reproduzem também a ideologia das massas trabalhadoras – incluindo-se aí os trabalhadores intelectuais –, que tende a ser contrária à exploração do homem pelo homem, a todas as formas de desumanização⁴⁹⁵.

Por esse efeito inverso, dentre outros, acredita-se, os empresários, ainda que involuntariamente ou mesmo contrariados, se preocupem – atualmente – com a imagem de seus negócios, procurando enfatizar uma preocupação social, inclusive invadindo terrenos e obrigações outorgadas ao Estado Social. Nasce a responsabilidade social das empresas e a necessidade de realizar tarefas solidárias e participativas, conforme já abordado.

⁴⁹⁴ Segundo Plauto Faraco de Azevedo, “não há dúvida que, no Estado Liberal, sempre atuaram de forma discreta, mas decisivamente, as forças econômicas, notadamente as empresas nacionais e transacionais. A novidade é que, no quadro do neoliberalismo global, em que se busca diminuir e apequenar o Estado, o que dele resta transforma-se em instrumento das empresas transacionais, na busca de vantagens em seu proveito, à margem dos mecanismos institucionais, através do Poder Executivo e de pressões que este exerce sobre o Legislativo e o Judiciário”. (AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, Justiça Social e Neoliberalismo**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 119)

⁴⁹⁵ SOARES, Alcides Ribeiro. Relações entre direito, sociedade e economia. In: ALVES, Alaôr Café et al. **Direito, Sociedade e Economia: leituras marxistas**. Barueri: Manole, 2005. p. 15-16.

Em suma, a globalização é um caminho sem volta, sendo que a barbárie imposta por esse fenômeno implica a necessidade de desenvolver um sentido comunitário e solidário na população, ainda que possa parecer paradoxal. Em conseqüência, percebe-se que

as empresas, em especial as grandes, têm assumido funções assistenciais para com os seus funcionários, formando fundos de previdências, planos de aposentadoria, fomentando a formação profissional de seus associados, albergando algumas das funções que, originariamente, seriam do Estado. De forma institucional, realizam projetos de valorização ou recuperação do meio ambiente, patrimônio histórico e cultural, promovendo ensino básico, creches, transportes de empregados e outras participações comunitárias⁴⁹⁶.

Esse desafio, portanto, exige que a atividade empresarial seja “direcionada, por meio de estímulo e sanções adequadas, à produção de bens e serviços de interesse coletivo, conforme as diretrizes programáticas estabelecidas pelas autoridades governamentais, com a devida aprovação popular”⁴⁹⁷. Inegável, portanto, que o princípio da preservação da empresa constitui-se em instrumental essencial para o êxito dessa idéia.

2.3 A Preservação da Empresa. A Construção de uma Teoria Emancipatória

A preservação da empresa, portanto, possibilita o desenvolvimento de uma teoria emancipatória, destinada à concretização dos direitos fundamentais, notadamente na efetivação material do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que, sem essa, não se pode construir uma sociedade mais justa e solidária, mesmo porque em determinadas situações o poder econômico dos grandes conglomerados se sobrepõe ao dos Estados.

Há que se destacar, porém, que o desenvolvimento da função social das empresas e, por conseguinte, dos seus administradores, não afasta os deveres inerentes ao Estado, notadamente no que diz respeito à educação, segurança, habitação e saúde. Não é isso. Na realidade, não se pode admitir que o desenvolvimento de uma teoria social emancipatória para as empresas propicie uma transferência das incumbências e deveres, até então exclusivos do Estado. O que se pretende com a defesa da preservação das empresas é que desempenhem uma postura ativa e positiva no tocante à função e responsabilidade social e que suas obrigações coexistam com a dos Estados, ao invés de assumi-las. Caso contrário, a função

⁴⁹⁶ BITELLI, Marcos Alberto Sant’Anna. *Op. cit.*, p. 238.

social das empresas servirá como simples discurso político para justificar a omissão estatal no campo dos direitos sociais, conforme já destacado.

Ora, o direito, de fato, representa um discurso instrumental que nasce da sociedade e serve para regular a vida da sociedade. Logo, a existência de um novo ciclo socioeconômico, buscando um desenvolvimento sustentável, pautado na dignidade da pessoa humana, inexoravelmente, exige a produção de uma nova reflexão no modo de agir não só do Estado, como também da sociedade organizada e do ensino jurídico⁴⁹⁸, de tal sorte que seja possível a construção de um mundo novo, ou seja, “uma civilização que assegure a todos os seres humanos, sem embargo das múltiplas diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, o direito elementar à busca da felicidade”⁴⁹⁹. Esse desafio, no entanto, exige também um outro modo de se visualizar o fenômeno da globalização, sendo louvável para tanto, o desenvolvimento de nova ética “baseada na auto-reflexão e consciência de si, que transforme o ilimitado desejo de posse de bens materiais em uma nova necessidade de criatividade e de construção da ‘pessoa’”⁵⁰⁰.

Antes, porém, há que se consignar que não se quer impedir o desenvolvimento da informação ou o acesso aos mercados. Não é isso; o que se pretende defender é a elevação do ser humano ao centro da economia, ao invés de incentivar a busca desmedida pelo lucro. O que se busca dentro dessa perspectiva é elevar o homem ao centro do sistema. Pode soar estranho ou mesmo utópico. Entretanto, não se pode olvidar que a ciência econômica – ainda que na teoria – busca satisfazer as necessidades do homem e quando o mesmo extrapola seus limites, incumbe ao direito (re)ordená-los, isto é, exigir que a economia se desenvolva não só no estudo da produção e consumo dos bens materiais, mas também – e principalmente – no exame dos comportamentos humanos, contendo de um lado a busca exagerada pelo capital, e

⁴⁹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos...**, p. 464.

⁴⁹⁸ “Não basta formar alunos com um perfil tão-somente crítico, assim como também não basta sua formação meramente técnica, revelando-se como insuficiente qualquer ensino que opte por uma dessas vias. É necessário uma dupla missão: o ensino de um direito civil técnico e crítico, já que o jurista que gostaríamos de contribuir a formar não pode estar destituído de sua responsabilidade social. Nessa perspectiva, ao procurar conferir ao aluno a possibilidade de realizar uma leitura crítica de direito civil com o qual estará, no futuro, a operar, é que um introdução crítica aos seus estatutos fundamentais, enquanto disciplina presente em algumas Faculdades de Direito, revela-se importante. Mas, deve ser “dado”, tal como se as reflexões, que nesse sentido se fazem hoje a respeito do direito civil, fosse verdades destituídas de questionamentos, mas sim “construído”, colocando em discussão o papel do educador. Isso significa, que as portas que têm permanecido fechadas no ensino do direito civil não devem simplesmente ser abertas pelo professor, mas é necessário convidar o aluno a abri-las.” (PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A responsabilidade social do jurista e o ensino jurídico: um breve diálogo entre o direito e a pedagogia. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). **Diálogos de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 522-523)

⁴⁹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos...**, p. 460.

⁵⁰⁰ BARCELLONA, Pietro. *Op. cit.*, p. 111.

de outro, valorizando a distribuição de rendas, isto é, definindo critérios para que a lógica do mercado – pelo menos – seja equilibrada com a lógica humanista.

É certo que a defesa de uma ética global consubstancia – para muitos – uma posição meramente utópica, diante da barbárie real da globalização. Mas é realmente em razão dessa barbárie que se acredita no desenvolvimento de uma outra globalização. Afinal, conforme já dito, como se falar em mercado se não existirem consumidores? Como se falar em produtos se não existir matéria-prima? Por esses motivos é que os radicais capitalistas serão obrigados a mudar o discurso, uma vez que

a tentativa de manter os privilégios e as injustiças sob máscaras ditas modernizantes, como neoliberalismo, globalização e lei do mercado, já não engana ninguém, apesar do grande esforço feito através dos meios de comunicação de massa, por meio de teóricos e comunicadores que, apesar de sua arrogância e de sua postura de donos da verdade, não conseguem esconder que são meros serviçais de dominadores egoístas e antiéticos, indiferentes às tragédias humanas e sociais que provocam⁵⁰¹.

O mercado, portanto, passa a ser o meio para a concretização dos direitos fundamentais, incumbindo aos humanistas inserirem a idéia de ética global nesse espaço. Afinal, como ensina Newton de Lucca, “o mercado é conjunto das relações de troca de bens e de prestações de serviços, praticados pelos diversos agentes econômicos, em determinado tempo e lugar”⁵⁰².

Assim, ao nosso ver, qualquer teoria humanista que não enfrente as complexidades inerentes ao mercado, se afasta por completo da possibilidade de se resgatar a idéia do homem como sujeito – real – de direitos e, portanto, ingressa no campo teórico do discurso, ainda que nesse *sítio* possa consubstanciar uma retórica mais elaborada.

Indispensável, pois, se enfrentar os vínculos estreitos existentes entre a pessoa e a propriedade, sempre com o objetivo fundamental de concretizar o ser humano como sujeito real de direitos. Nesse escopo, não se pode esquecer que os mercados “ao tornarem o sistema de trocas mais eficiente, permitem melhorar a alocação da riqueza, vale dizer, melhorar a distribuição dos bens disponíveis entre os agentes econômicos”⁵⁰³.

Ainda que sob a ótica do mercado os custos sociais devam ser distribuídos entre os próprios agentes inseridos nesse contexto, uma vez que o próprio mercado não produz

⁵⁰¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Humanismo jurídico. **Juízes para a Democracia**, v. 5, n. 15, out./dez. 1998. p. 1.

⁵⁰² LUCCA, Newton de. **Direito do Consumidor**..., p. 163.

⁵⁰³ SZTAJN, Raquel. **Teoria Jurídica da Empresa**: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004. p. 33.

somente ganhos, não se pode olvidar que esse mesmo mercado é institucionalizado pelo Direito, consoante se percebe mediante simples leitura do art. 170 da Constituição Federal, resultando, pois, na obrigatoriedade de, mesmo nesse cenário, elevar a qualidade do homem, como personagem central, tornando-se, pois, imperiosa a estrita observância da concretização de uma solidariedade econômica, o que levou Paulo Nalin a consignar que

Coletividade, igualdade material, equidade e boa-fé objetiva são todas ferramentas legais disponíveis ao intérprete que atendem à inviolabilidade dos direitos fundamentais do homem e à inderrogabilidade dos devedores de solidariedade econômica, em contexto social insuperável imposto à empresa, propriedade e ao contrato, que têm relevante função social, concretizadora dos valores da pessoa humana. Fora de tal contexto, apresenta-se inválida a relação jurídica travada⁵⁰⁴.

Incumbe, pois, ao operador do direito resolver os conflitos de interesses existentes no mercado, sempre com o intuito de construir um consenso mundial cuja consequência seja a proteção da dignidade da pessoa humana. Afinal, fazendo uso da feliz expressão de Aldacy Rachid Coutinho⁵⁰⁵, “o dever de um jurista é garantir a vida, pelo direito, custe o que custar”.

Não se pretende com essa proposta consignar todos os meios de fazê-lo e, muito menos, repudiar a realização de bons e rentáveis negócios. Não é isso. O que se quer consignar é como não deve ser, afastando-se – por completo – qualquer interpretação que prestigie o mercado em detrimento da dignidade da pessoa humana ou mesmo que não busque a construção de uma sociedade mais justa e solidária, tal como almejado pelo legislador constituinte brasileiro (CF/88, art. 3º, I).

O desafio, portanto, reside na tarefa de fazer com que a atividade econômica auxilie na proteção e concretização dos direitos fundamentais ao invés de reduzir o indivíduo a simples sujeito proprietário, sem identidade e direcionado exclusivamente ao consumo.

O Código Civil brasileiro reforça essa perspectiva, não só ao erigir o princípio da preservação da empresa como linha mestra do “Direito de Empresa”, mas também ao instituir um sistema pautado em cláusulas gerais, como a boa-fé e a função social dos contratos, propriedade e empresa. Incumbe, pois, a nós, operadores do direito, interpretá-lo de modo prospectivo. Aqui reside o desafio, sendo que o presente estudo espera ter contribuído para tal mister.

⁵⁰⁴ NALIN, Paulo. *Op. cit.*, p. 226-227.

⁵⁰⁵ COUTINHO, Aldacy Rachid. 15 anos de Constituição de direitos dos trabalhadores. In: SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Constitucionalizando Direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 384.

CONCLUSÕES

Inexorável que a parte final de uma investigação científica não deve se limitar a repetir todas as conclusões consignadas no desenvolvimento da obra. Na verdade, busca enfatizar as principais conclusões com o intuito de destacar sua idéia global e, por conseguinte, demonstrar (*quicá*, convencer) que o resultado final alcançou o desafio assumido, ainda que a proposta defendida continue sua travessia, mesmo porque a conclusão da investigação não implica obrigatoriamente o seu destino final. Queira que o futuro, auxiliado pelos operadores do direito (os quais devem ser verdadeiros obreiros e defensores dos princípios e valores previstos na Constituição Federal), assegure a concretização do ser humano como sujeito real de direitos, possibilitando a todos uma vida digna e, portanto, uma sociedade mais justa e solidária, como almejado pelo legislador constituinte.

É lícito, pois, concluir que o princípio constitucional da preservação da empresa, resgatado e enfatizado pelo novo Código Civil, constitui-se em ferramenta essencial para o êxito desse desafio.

Dentro desse contexto, extraem-se as seguintes conclusões:

- 1) A Constituição Federal constitui o alicerce de nosso ordenamento (composto por princípios e regras), não se limitando a um mero programa político e, sim, consubstanciando uma força normativa efetiva, com incidência direta não só nas relações entre Estado e indivíduos, mas também nas relações interindividuais, abrigadas pelo campo civilístico.
- 2) A concretização da Constituição Federal significa a materialização da norma no mundo dos fatos, por intermédio da aplicação dos princípios e valores contidos no texto constitucional, constituindo-se na função essencial e indisponível do jurista, muito embora, diante da escassez de recursos a efetividade dos direitos sociais não se constitua em tarefa exclusiva do direito, mas também da política.

3) A ordem econômica na Constituição Federal é fundada na valorização do trabalho humano e na valorização da livre-iniciativa, com o intuito de auxiliarem na concretização dos direitos fundamentais, razão pela qual não pode ser analisada de modo individual, mas, sim, de forma sistemática. Em assim sendo, a proteção aos direitos humanos e a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana não são dever exclusivo do Estado, mas também obrigação dos empresários e demais sujeitos que atuam no mercado.

4) A Constituição Federal possui princípios constitucionais, tanto escritos como não escritos, a exemplo do que sucede com o princípio da proporcionalidade e da segurança jurídica, dentre outros.

5) O princípio da preservação da empresa foi erigido a princípio constitucional não escrito, norteador da ordem econômica, sob pena de prejudicar, quando não, dificultar a concretização de uma sociedade mais justa, livre e solidária (CF/88, art. 3º, I).

6) O princípio constitucional da preservação da empresa é corolário não só do princípio da busca do pleno emprego (CF/88, art. 170, VIII), como também da função social da propriedade (CF/88, art. 170, III).

7) O princípio constitucional da preservação da empresa não significa que toda e qualquer empresa deva ser preservada. Ao contrário, observado o caso concreto, pode consubstanciar a necessidade de imediata liquidação da empresa, como forma de preservar as demais que funcionam naquela comunidade, razão pela qual o modo de aplicá-lo deve ser analisado caso a caso pelo operador do direito.

8) Indispensável a releitura dos textos normativos à luz da Constituição Federal, seja para garantir a unidade do sistema, seja porque a Carta Magna de 1988 absorveu setores até então regulados exclusivamente pela legislação infraconstitucional. Assim o fazendo a Constituição erigiu o ser humano ao

centro do sistema, razão por que não se pode mais admitir elevar a patrimonialidade acima da dignidade da pessoa humana, a exemplo do que sucedia no Código Civil de 1916, ainda que merecedor de respeito, uma vez que coerente com sua época, na qual predominava uma sociedade rural e patriarcal.

9) Os conceitos clássicos da família, contrato e propriedade deixaram de ser suficientes para resolver os conflitos da contemporaneidade, sendo indispensáveis a busca e concretização de novos paradigmas, como, por exemplo, a efetivação do princípio constitucional da solidariedade (CF/88, art. 3º, I) e o desenvolvimento de um direito extrapatrimonial, privilegiando a realização da dignidade da pessoa humana e não mais, a defesa exclusiva da propriedade. Em outras palavras, um novo direito civil que privilegie o “*ser*” e não o “*ter*”.

10) O novo Código Civil não é incompatível com a legislação civil extravagante não abrangida (também conhecida como microssistemas) e, muito menos, com o fenômeno da “constitucionalização do direito civil”. Na verdade, organiza a unidade do sistema (maculada pela inflação legislativa consumada nas últimas décadas), compatibilizando-se com os princípios e valores constitucionais, razão pela qual há que ser visualizado como um diploma aberto que integra a unidade do sistema, cuja leitura deve ser feita a partir da Constituição Federal.

11) O Direito de Empresa é parte integrante do Código Civil, cujos pilares são a *eticidade*, a *socialidade* e a *operabilidade*, ficando, portanto, prejudicada qualquer interpretação que venha a ofendê-los, mesmo porque o direito não se interpreta em tiras.

12) O princípio da preservação da empresa se constitui na linha mestra do Direito de Empresa no Código Civil, razão pela qual, desconsiderá-lo implica ofensa direta ao próprio Código Civil. E mais; em se tratando de Direito de

Empresa no Código Civil, a concretude dos seus pilares (*eticidade, socialidade e operabilidade*) perpassa pela concretização do princípio da preservação da empresa.

13) O Direito Comercial evoluiu da figura do comerciante, perpassando pelos atos do comércio, para atualmente dedicar-se ao exame e à análise da empresa, sendo que o Código Civil brasileiro, instituído pela Lei 11.406/02, ao dedicar seu Livro II ao estudo do “Direito de Empresa”, consagrou a adoção da teoria da empresa no nosso ordenamento, a exemplo do que fizera o legislador italiano por ocasião do advento do seu Código Civil em 1942.

14) A definição jurídica da empresa é complexa e, portanto, suscita fervorosos debates e opiniões, razão pela qual, nosso Código Civil optou em definir tão-somente a figura do empresário, sendo que para absorção dessa qualidade jurídica é indispensável: (1) habitualidade (e, portanto, profissionalismo), (2) exercício de atividade econômica, (3) organizada, com (04) escopo de produção ou circulação de bens e serviços, muito embora as formas contemporâneas de organização e desenvolvimento da atividade empresarial propiciem um distanciamento entre a figura do empresário titular e a empresa, que, por sua vez, passa a ser examinada e visualizada sob interesses e relações múltiplas, não se limitando mais aos interesses dos seus sócios/acionistas, sendo que o princípio da preservação da empresa se constitui no símbolo deste fenômeno.

15) A defesa do princípio constitucional da preservação da empresa como linha mestra do Direito de Empresa no Código Civil, extrai-se de inúmeros dispositivos, dentre os quais:

- Art. 974, que possibilita ao empresário declarado incapaz no exercício de sua atividade empresarial, continuar o exercício dessa atividade, desde que assistido por meio de representante, afastando, pois, a obrigatoriedade de liquidação da sociedade em casos tais, como exigiam os diplomas anteriores.

- Art. 1.033, IV, ao permitir a continuidade do exercício da atividade empresarial, na falta da pluralidade de sócios, desde que reconstituída no prazo de cento e oitenta (180) dias.
- Art. 1.085, ao autorizar a exclusão do sócio que está pondo em risco a continuidade da empresa, ainda que observado previamente o direito de defesa em assembléia, encontrando reforço, inclusive, na regra do art. 1.029 que autoriza qualquer sócio retirar-se da sociedade, sem prejuízo de sua continuidade, o que não sucedia no revogado Código Comercial, em que pese o entendimento jurisprudencial diverso, que por sua vez, veio a ser positivado nos artigos em exame.
- Art. 1.030, ao não vedar expressamente ao sócio minoritário postular judicialmente a exclusão do sócio majoritário, na defesa dos interesses e preservação das atividades empresariais desenvolvidas pela sociedade.

16) A preservação da empresa como pilar do Direito da Empresa no Código Civil também deriva da influência que esse Diploma exerceu na elaboração da atual Lei 11.101/05, que trata da recuperação de empresa e falência, tanto que é utilizado como instrumental teórico.

17) A elevação da preservação da empresa como pilar do Livro II (Direito de Empresa) do Código Civil é incompatível com o abuso na utilização do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, que, por sua vez, embora desenvolvido para ser aplicado em situações excepcionais, passou a ser considerado regra geral, em manifesto desvirtuamento dos seus fundamentos.

18) O princípio da preservação da empresa é corolário do princípio da função social da empresa, razão por que devem ser considerados na interpretação das normas relativas ao Direito de Empresa no Código Civil, a despeito da falta de referência expressa no texto de lei.

19) A busca da concretização de uma sociedade mais justa e solidária, com a efetiva participação da sociedade, exige a preservação das empresas que

adotem uma postura ativa no tocante à concretização dos direitos sociais, muito embora a responsabilidade e função social das empresas não afastem os deveres inerentes ao Estado nesse desafio, uma vez que se cuida de obrigações paralelas e coexistentes.

20) O desenvolvimento econômico e, por conseguinte, a busca pelo lucro não é incompatível com a concretização da função social das empresas, sendo que eventuais imprecisões analíticas do Código Civil não servem como embasamento teórico para discurso diverso.

21) O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana constitui o alicerce do sistema, tanto que opera como referencial para a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

22) O Direito e a Economia voltam-se para a análise do ser humano, embora sob os ângulos diversos, o que, no entanto, não afasta a obrigatoriedade de o indivíduo ocupar o centro das preocupações e tutelas, não só como resultado final do desenvolvimento da atividade econômica, mas também (e principalmente) durante o exercício da atividade, autorizando, inclusive, a defesa da possibilidade de convivência harmônica ente o lucro e a dignidade da pessoa humana, sendo que a concretização do princípio da preservação da empresa representa uma ferramenta útil para a consolidação dessa proposta.

23) O Código Civil brasileiro vigora dentro de um cenário globalizado, devendo, pois, ser interpretado e realizado dentro dessa realidade, almejando, porém, a prevalência do sujeito em detrimento do interesse meramente patrimonial.

24) Embora a globalização incentive uma análise econômica do direito e a transformação do sujeito em coisa, os efeitos perversos e nefastos desse malsinado fenômeno – ainda que involuntariamente – originam discursos humanistas e solidários, inclusive dos empresários, com o intuito de

preservarem suas imagens, requisito indispensável para a aceitação de produtos pelo mercado. Nada impede, portanto, que o mercado passe a ser o meio para a concretização dos direitos fundamentais, incumbindo assim, aos humanistas inserirem a idéia de ética global nesse espaço, sendo que a realização do princípio da preservação da empresa, inexoravelmente, auxilia nessa tarefa.

25) Ao jurista incumbe o dever de fazer com que a atividade econômica auxilie na proteção e concretização dos direitos fundamentais, possibilitando uma vida digna a todos os cidadãos, ao invés de reduzi-los a simples objeto, sem identidade e direcionados exclusivamente ao consumo. O Código Civil brasileiro (e, em consequência, o princípio da preservação da empresa) auxilia e impõe a concretização desse desafio.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Da Empresarialidade** (As Empresas no Direito). Coimbra: Almedina, 1996.
- AGUIAR JUNIOR, Rui Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, p. 22, abr./jun. 1995.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALVES, José Augusto Lindgren. Cidadania, direitos humanos e globalização. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional**: desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2004.
- ALVIM, Thereza. Aplicabilidade da teoria da desconsideração da pessoa jurídica no processo falimentar. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 87, jul./set. 1997.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.
- ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização**: lições de filosofia do Direito e do Estado. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ARONNE, Ricardo. **Propriedade e Domínio**: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ASCARELLI, Túlio. A atividade do empresário. Tradução de Erasmo Valladão e N. França. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Malheiros, v. 42, n. 132, out./dez. 2003.
- ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução e notas de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 104, p. 110-126, 1996.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, Justiça Social e Neoliberalismo**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- BARATA, Mário. Direito à propriedade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direitos Humanos, Estrangeiros, Comunidades Migrantes e Minorias**. Oeiras/Portugal: Celta, 2000.
- BARCELLONA, Pietro. **O Egoísmo Maduro e a Insensatez do Capital**. Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 1995.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____.; BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARRETO FILHO, Oscar. O Projeto de Código Civil e normas sobre atividade negocial. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 7, dez. 1975.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro – Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo. In: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto (Orgs.). **Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom para você também?). In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). **1988-1998: uma década de Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Tomo III.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BAUMAN, Zygmunt. **Em Busca da Política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

_____. **A Fugaz Felicidade Pós-Moderna**. Disponível em: <<http://www.cidadefutura.com.br/cepat>>. Acesso em: 15 fev. 2004.

BERTOLDI, Marcelo M. **Curso Avançado de Direito Comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1: Teoria geral do direito comercial, direito societário.

BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. Da função social para a responsabilidade da empresa. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade. (Orgs.). **Temas Atuais de Direito Civil na Constitucional Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BOFF, Leonardo. **Ethos Mundial**. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BORGES, José Souto Maior. Relação entre tributos e direitos fundamentais. In: FISCHER, Octavio de Campos (Coord.). **Tributos e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Dialética, 2004.

BOURGNINAUD, Véronique. **Droit des Entreprises en Difficulté**. 2. ed. Paris: Economica, 1995.

BULGARELLI, Waldirio. **Direito Comercial**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

_____. **Direito Comercial**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Manual das Sociedades Anônimas**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. A atividade negocial no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Malheiros, n. 56, out./dez. 1984.

BULHÕES, Octávio Gouvêa. **Dois Conceitos de Lucro**. Rio de Janeiro: Apec, 1969.

CAMPINHO, Sérgio. **O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 2. ed. Lisboa: C. Gulbenkian, 1996.

_____. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

_____. **Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989.

CAPELLA, Juan Ramón. **Os Cidadãos Servos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia do Direito**. Tradução de Frederico A. Paschoal. Campinas: Bookseller, 2000.

CARVALHO, Eusébio. Direito à propriedade – Do discurso à realidade. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Síntese, v. 4., jul./ago. 2003.

CARVALHOSA, Modesto. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira Azevedo (Coord.). **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. Parte especial: do direito de empresa (arts. 1.052 a 1.195).

CASES, José Maria Trepát. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira et al. **Código Civil Anotado**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CASTRO, Eduardo Spinola. A arbitragem e a Nova Lei de Falências. In: CASTRO Rodrigo R. M.; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coords.). **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CAVALI, Rodrigo Costenaro. Análise econômica do direito e justiça distributiva. In: CURI, Ivan Guérios. **Estudos de Teoria Geral do Direito**. Curitiba: Juruá, 2005.

CEOLIN, Ana Caroline Santos. **Abusos na Aplicação da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CHOMSKY, Noam. **O Lucro ou as Pessoas?: neoliberalismo e ordem global**. Rio de Janeiro. Bertrand Brasil, 2002.

CHRISTOVÃO, Daniela; WATANABE, Marta. **Guia Valor Econômico de Tributos**. São Paulo: Globo, 2002.

CLARO, Carlos Roberto. **Falência & Recuperação**. Curitiba: Juruá, 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais. **Revista Crítica Jurídica**. Curitiba, Unibrasil, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003.

_____. **O Direito e os Direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

_____. **Curso de Direito Comercial**. 5. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.

_____. **A Sociedade Limitada no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. As duas limitadas. **Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo**, v. 23, n. 71, ago. 2003.

_____. A análise econômica do direito. **Revista Semestral da Pós-Graduação da PUCSP**. São Paulo: Max Limonad, 1995. Direito n. 2.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Empresarial**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Estado, Empresa e Função Social. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 732, out. 1996.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. **Manual de Direito Comercial**. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. **Direito da Economia**. Lisboa: Arco-Íris, 1986. v. 1.

_____. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Para além das coisas (Breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo). In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Código Civil na Visão do Advogado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira. **A Constitucionalização do Direito de Propriedade Privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

COSTA, M. J. A. **Direito das Obrigações**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COURET, Alain; LARRIEU, Jacques; MACORIG-VENIER, Francine; MASCALA, Corinne; MONSÉRIÉ, Marie-Hélène et SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne. **La Reforme du Droit des Entreprises en Difficulté**. Paris: Montchrestien, 1995.

COURI, Sérgio. **Liberalismo e Societalismo**. Brasília: UnB, 2001.

COUTINHO, Aldacy Rachid. 15 Anos de Constituição de direitos dos trabalhadores. In: SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Constitucionalizando Direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COUTO E SILVA, Clóvis. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob (Org.). **O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. Conceito de empresa no direito brasileiro. In: **Separata dos Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha**. Lisboa, 1989.

CURI, Ivan Guérios. Do real imaginário ao real concreto – A angústia da contradição e os falsos dilemas do direito que deve ser ao direito que é. In: _____. **Estudos de Teoria Geral do Direito**. Curitiba: Juruá, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Constituição: 10 anos de resistência. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **1988-1998: uma década de Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Humanismo jurídico. **Juízes para a Democracia**, v.5, n.15, out./dez. 1998.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Manual Jurídico da Empresa**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

DELGADO, José Augusto. A ética e a boa-fé no novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). **Questões Controvertidas no Novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2003.

DÓRIA, Dylson. **Curso de Direito Comercial**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DUARTE, Henrique Vaz. **Questões sobre Recuperação e Falência**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

DUGUIT, Leon. **Fundamentos do Direito**. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Madrid: Ariel Derecho, 1985.

_____. **Uma Questão de Princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FABIAN, Christoph. **O Dever de Informar no Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Transformações do direito contemporâneo. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Elementos Críticos do Direito de Família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões históricas-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: COUTINHO, Adalcy Rachid; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FAIRBANKS, João C. Refutação científica ao comunismo. 1947.p. 113. Col. Convivium. *Apud* GASTALDI, J. Petrelli. **Valor e Formação de Preços**: fundamentos do lucro. Edição do autor, 195[?].

FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Análise econômica do direito e possibilidades aplicativas no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan./mar. 2005.

FARAH, Eduardo Teixeira. A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FARIA, Guiomar T. Estrella. **Interpretação Econômica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

FARIA, José Eduardo. **Justiça e Conflito** (Os juízes em face dos novos movimentos sociais). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FARIAS, Edílson Pereira de. **Colisão de Direitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A Origem do Direito de Solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FARRACHA DE CASTRO, Carlos Alberto. **Fundamentos do Direito Falimentar**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. Colonialismo jurídico e a reforma do direito falimentar. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: RT, n. 12.

FÉRES, Marcelo Andrade. Empresa e empresário: do Código Civil italiano ao novo Código Civil brasileiro. In: RODRIGUES, Frederico Viana (Coord.). **Direito de Empresa no Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI**: o minidicionário da língua portuguesa. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

FERREIRA, Manoel Gonçalves. As especulações sobre o futuro do Estado. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **O Estado do Futuro**. São Paulo: Editora Pioneira, 1998.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Os Sindicatos e a Defesa dos Interesses Difusos no Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FISCHER, Octavio. **Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FIÚZA, César. Crise e interpretação no direito civil. Da escola da exegese às teorias da argumentação. In: NEVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIÚZA, César; SÁ, Maria Fátima Freire de Sá (Coords.). **Direito Civil**: atualidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Mercantil**. Nova Série. v. 42, n. 130, abr./jun. 2003.

FRAGALE FILHO, Roberto. **Cidadania & Trabalho**: fios de uma mesma fibra, constitucional? In: SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Constitucionalizando Direitos**: 15 anos da constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 1 – O Empresário e seus Auxiliares – O Estabelecimento Comercial – As Sociedades.

_____. O triste fim das sociedades limitadas no novo Código Civil. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Malheiros, v. 40, n. 123, jul./set. 2001.

FREITAS, Juarez de. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 2. ed., rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

FRONTINI, Paulo Salvador. Sociedade por quota – morte de um dos sócios – herdeiros pretendendo a dissolução parcial – dissolução total requerida pela maioria social – continuidade da empresa. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Malheiros, v. 40, n. 116, p. 123, jul./set. 2001.

GALGANO, Francesco. **História do Direito Comercial**. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: Signo, 1980.

_____. **Trattato di Diritto Commerciale**. Pádua: Cedam, 1978. v. II – L'Imprensa.

GASPARI, Élio. Ser direito dá cadeia. **O Globo**. Rio de Janeiro, 22 jun. 2005.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Novos Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____; GOTTSCHALK, Élson. **Curso Elementar de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. Parte Geral, v. 1.

GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. **Apontamentos de Direito Comercial**. Curitiba: Juruá, 1998.

_____. **Lições de Direito Societário**: regime vigente e inovações do novo Código Civil. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). **Desenvolvimento Econômico e a Intervenção do Estado na Ordem Constitucional**: estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Sousa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna**: introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de Empresa no Código Civil de 2002**: teoria geral do direito comercial de acordo com a Lei n. 10.406 de 10.01.2002. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do direito civil no século XXI. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

HOBSBAW, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX – 1914-1991**. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

IANNI, Octavio. **Sociedade Global**. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

IRTI, Natalino. **L'ordine Giuridico del Mercato**. 4. ed. Roma-Bari: GLF Editori Laterza, 2003.

JANSEN, Letácio. **Introdução à Economia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

KANITZ, Stephen. **Os 11 Mandamentos da Responsabilidade Social**. Disponível em: <www.filantropia.org/artigos/kanitz_responsabilidade_social.htm>. Acesso em: 30 abr. 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KRELL, Andréas. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais. **A Constituição Concretizada – Construindo Pontes com o Público e o Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1994.

LAMY FILHO, Alfredo. A empresa – formação e evolução – responsabilidade social. In: SANTOS, Theophilo de Azeredo (Coord.). **Novos Estudos de Direito Comercial em Homenagem a Celso Barbi Filho** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. v. 1.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. **Os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais na América Latina e o Protocolo de San Salvador**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito das sucessões no novo Código Civil. **Tuiuti – Ciência e Cultura**. Curitiba: Universidade Tuiuti do Paraná, n. 30, maio 2002.

_____. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XXI – Do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027).

_____. **Famílias Monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA, Viviane Nunes Araújo. **A Saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LINHARES, Paulo Afonso. **Direitos Fundamentais e Qualidade de Vida**. São Paulo: Iglu, 2002.

LOBO, Jorge. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva., 2005.

_____. A empresa: novo instituto jurídico. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Malheiros, v. 41, n. 125, jan./mar. 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Emergencia Pública y Reforma del Régimen Monetario**. Buenos Aires: La Ley, 2002.

LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**: parte geral (art. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

LOYOLA, Gustavo. Aspectos econômicos do Código Civil. In: IRIB/ABECIP. **O Crédito Imobiliário em Face do Novo Código Civil**. São Paulo: IRIB: ABECIP, 2005.

LUCCA, Newton de. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2003.

_____. **Separata da Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. São Paulo, n. 40, 1999.

_____. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XII – Dos atos unilaterais, dos títulos de crédito.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Globalização e direito do consumidor. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Villhena. **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

MACEDO, Ricardo Ferreira de. **Controle não Societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MACHADO, J. Baptista. **Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador**. 11. reim. Coimbra: Almedina, 1999.

MACHADO, Rafael Bicca. Cada um em seu lugar. Cada um com sua função: apontamentos sobre o atual papel do Poder Judiciário brasileiro, em homenagem ao Ministro Jobim. In: TIMM, Luciano Benti (Org.). **Direito e Economia**. São Paulo: IOB; Thomson, 2005.

MACÍAS, Maria Isabel Candelario; GRILLO, Luisa E. Rodríguez. **La Empresa en Crisis – Derecho Atual**. Bueno Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998.

MALUF, Carlos Alberto Debus. **Limitações ao Direito de Propriedade**: de acordo com o novo Código Civil e com o Estatuto da Cidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARCONDES, Sylvio. Direito mercantil e atividade negocial no Projeto de Código Civil. In: _____. **Questões de Direito Mercantil**. São Paulo: Saraiva, 1977.

MARIAN, Irineu. Direito de empresa, atividade empresarial, empresa e empresário (à luz do novo Código Civil). **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 95, n. 844, fev. 2006.

MARTIN, Jean-François. Premières impressions de la pratique sur la loi nouvelle. In: FRISON-ROCHE, Marie-Anne (Org.). **Le Nouveau Droit des Défaillances D'entreprises**. Paris: Dalloz, 1995.

MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: _____. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Mercado e solidariedade social entre *cosmos e táxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: _____ (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **A Boa-fé no Direito Privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Comentários ao Novo Código Civil**: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5, t. 1.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MARTINS, Guilherme d'Oliveira; CARVALHO, Luís Guimarães de. **Direito da Economia**. Lisboa: Comos, 1995.

MARTINS, Rodrigo Baptista. **A Propriedade e a Ética do Capitalismo**: uma teoria sobre os fundamentos do direito a propriedade e uma teoria sobre as origens do capitalismo. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MATTOS NETO, Antonio José de. O empresário à luz do novo Código Civil. **Revista do Advogado da AASP**. São Paulo, AASP, v. 23, n. 71, ago. 2003.

MELMAN, Seymour. **Depois do Capitalismo**. Tradução de Bazán Tecnologia e Lingüística. São Paulo: Futura, 2002.

MELLO, Carlos Antonio de Almeida. Mecanismos de proteção e concretização constitucional: proposta de uma ação de concretização da Constituição. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Constitucionalizando Direitos**: 15 anos da Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. v. 3.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Cambiário**. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1.

_____. **Introdução à Política Científica**. Rio de Janeiro: Garnier, 1924.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1983. t. 2.

MIRANDA JR., Darcy Arruda; MIRANDA, Luis Alexandre Fachin de Arruda. **Manual de Direito Comercial**: parte geral I. São Paulo: Cultural Paulista, 1999.

MOLL, Luíza Helena. Externalidades e apropriação: projeções sobre o direito econômico na nova ordem mundial. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). **Desenvolvimento Econômico e a Intervenção do Estado na Ordem Constitucional**: estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Sousa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à Pessoa Humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, Egon Bockmann. Os consórcios empresariais e as licitações públicas (considerações em torno do art. 33 da Lei 8.666/93). **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, n. 94, v. 933, mar. 2005.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Entrevista. *Jornal do Advogado – OAB/MG*, jun. 1998. **Ciência Jurídica**, v. 5, n. 46, p. 5-8, jul. 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; CASTRO, Paulo Rabello de. O futuro do Estado: do pluralismo à desmonopolização do poder. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **O Estado do Futuro**. São Paulo: Pioneira, 1998.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa Contemporânea e Direito Societário**: poder de controle e grupo de sociedades. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**: contributo para a compreensão constitucional do Estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 1998.

NALIN, Paulo. **Do Contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001.

NEGREIROS, Teresa. A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos (Coord.). **O Novo Código Civil**: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003.

NOJIRI, Sérgio. **A Interpretação Judicial do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004.

NUNES, A. J. Avelãs. **O Direito de Exclusão de Sócios nas Sociedades Comerciais**. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

NUNES, Marcelo Guedes; BARRETO, Marco Aurélio Freire. Alguns apontamentos sobre comunhão de credores e viabilidade econômica. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coords.). **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica**: o controle da concentração de empresas. São Paulo: Malheiros, 2002.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A Dupla Crise da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

OTERO, Paulo. **Direito da Vida**: relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino. Coimbra: Almedina, 2004.

PACIELLO, Gaetano. A evolução do conceito de empresa no direito italiano. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n. 29, 1978.

PADILHA, Luiz R. Nuñez. Nova Lei de falências. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v. 80, out./dez. 1995.

PASSET, René. **Elogio da Globalização**: por um contestador assumido. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2003.

PATTI, Salvatore. **Codificazione ed Evoluzione del Diritto Privado**. Roma-Barti: GLF Editori Laterza, 1999.

PENTEADO, Mauro R. Devedor na nova lei – empresário e sociedade empresária. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**: Lei n. 11.101/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**: nova retórica Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PERRINI, Raquel Fernandes. Os princípios constitucionais implícitos. **Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, n. 17, out./dez. 2002.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A responsabilidade social do jurista e o ensino jurídico: um breve diálogo entre o direito e a pedagogia. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira (Org.). **Diálogos de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1999.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais**: teoria geral. Coimbra: Coimbra, 2002.

_____. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial**. Coimbra: Coimbra, 2000.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luis Edson (Coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

RATTINER, Henrique. **Sobre a Responsabilidade Social das Empresas**. Disponível em: <www.lead.org.br/article>. Acesso em: 30 abr. 2006.

REALE, Miguel. **Memórias**. São Paulo: Saraiva, 1987. v. 2.

_____. **Fontes e Modelos do Direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Visão geral do novo Código Civil. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 03, n. 9, jan./mar. 2002.

_____. **Direito como Experiência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Nova Fase do Direito Moderno**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **História do Novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Estudos Preliminares do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Fontes e Modelos do Direito – para um Novo Paradigma Hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994.

REIS, Henrique Marcello dos. **Relações Econômicas Internacionais e Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier, 2005.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 21. ed.. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. **Curso de Direito Comercial**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Sociedade de Economia Mista & Empresa Privada: estrutura e função**. Curitiba: Juruá, 1999.

RIPERT, Georges. **O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno**. Tradução de J. Cortezão. São Paulo: Saraiva, 1937.

_____. **Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno**. São Paulo: Red Livros, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição e ordem econômica. In: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto (Orgs.). **Debate sobre a Constituição de 1988**. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998.

ROSEVALD, Nelson. **Dignidade Humana e a Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. Coleção Prof. Agostinho Alvim.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Antonio Jeová. **Direito Intertemporal e o novo Código Civil: aplicações da Lei 10.406/2002**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SANTOS, J. M. Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. v. 2.

_____. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 1.

SANTOS, Milton. **Por uma Outra Globalização: do pensamento único à consciência universal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SANTOS, Paulo Penalva. In: VALDERDE, Trajano Miranda. **Nota aos Comentários à Lei de Falências (Decreto-lei 7.661, de 21 de junho de 1945)**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar.

SCAFF, Fernando Facury. A constituição econômica brasileira em seus 15 anos. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Constitucionalizando Direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SIDOU, J. M. Othon. **Sobre o Novo Código Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

SILVA, Adelphino Teixeira de. **Iniciação à Economia**. São Paulo: Atlas, 2000.

SILVA, César Augusto Silva da. **O Direito Econômico na Perspectiva da Globalização: análise das reformas constitucionais e da legislação ordinária pertinente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, De Plácido e. **Noções Práticas do Direito Comercial**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, Suzana Tavares da. O respeito devido ao princípio da dignidade humana. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Coord.). **Direitos Humanos, Estrangeiros, Comunidades Migrantes e Minorias**. Oeiras (PT): Celta, 2000.

SILVEIRA, Maria do Carmo Aguiar da Cunha. **O Que é Responsabilidade Social Empresarial?** Disponível em: <www.fiec.org.br/artigos>. Acesso em: 30 abr. 2006.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. O interesse social como interesse da empresa em si. **Revista de Direito Empresarial**, n. 2, jul./dez. 2004.

SOARES, Alcides Ribeiro. Relações entre direito, sociedade e economia. In: ALVES, Alôr Café et al. **Direito, Sociedade e Economia: leituras marxistas**. Barueri: Manole, 2005.

SOUSA, Sueli Baptista de. **Responsabilidade dos Sócios na Sociedade Limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SPOTA, Alberto G. **O Juiz, o Advogado e a Formação do Direito através da Jurisprudência**. Tradução de Jorge Trindade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985.

STIGLITZ, Joseph E. **A Globalização e seus Malefícios**. São Paulo: Futura, 2002.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SZTAJN, Raquel. **Teoria Jurídica da Empresa**: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Notas em matéria de empresa e sociedades empresárias no Código Civil. **Revista do Advogado de São Paulo**. São Paulo, v.23, n. 71, ago. 2003.

TAVARES PAES, P. R. **Responsabilidades dos Administradores de Sociedades**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

TEBET, Ramez. **Parecer 534, de 2004**, sobre o Projeto de Lei da Câmara n. 71, de 2003 (n. 4.376/93, na Casa de origem).

TEIZEN JÚNIOR. Augusto Geraldo. **A Função Social no Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo Código. In: NEVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIÚZA, César; SÁ, Fátima Freire de (Coords.). **Direito Civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. (Coord.) **A Parte Geral do Novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**. São Paulo, n. 65, 1993.

TEPEDINO, Ricardo. A recuperação da empresa em crise diante do Decreto-lei 7.661/45. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Malheiros, n. 128, out./dez. 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista IOB de Direito Civil e Processual**. São Paulo: IOB, v. 7, n.40, mar./abr. 2006.

TOKARS, Fábio Leandro. Função social da empresa. In: RAMOS, Carmem Lúcia (Coord.). **Direito Civil Constitucional**: situações patrimoniais. Curitiba: Juruá, 2002.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TORRES, Carlos Maria Pinheiro. **O Direito à Informação nas Sociedades Comerciais**. Coimbra: Almedina, 1998.

VARGAS, Jorge de Oliveira. **Responsabilidade Civil do Estado pela Demora na Prestação da Tutela Jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 1999.

VASCONCELOS, Pedro Pais. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. **Teoria Geral do Direito Civil – Relatório**. Lisboa: Coimbra, 2000.

VAZ, Manuel Afonso. **Direito Econômico – A Ordem Econômica Portuguesa**. 3. ed. Coimbra. Coimbra, 1994.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Direito de retirada: tratamento legal na falência e na recuperação. In: CASTRO, Rodrigo P. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coords.). **Direito Societário e a Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 2 – Teoria geral das sociedades – As sociedades em espécie do Código Civil.

VIDIGAL, Edson. Entrevista. **IstoÉ**. São Paulo: Três, n. 1.864, p. 7 e ss., 06 jul. 2005.

VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

WALD, Arnold. Um novo direito para a nova economia: os contratos eletrônicos e o Código Civil. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). **Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Comentários ao Novo Código Civil** (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. XIV – Livro II, Do direito de empresa.

_____. O empresário, a empresa e o Código Civil. In: FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar F.; MARTINS Fº. Ives Gandra S. (Coords.). **O Novo Código Civil, Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2. ed. rev. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: _____; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os “Novos” Direitos no Brasil: natureza e perspectiva: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003.