

**FACULDADES INTEGRADAS CURITIBA
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO
JOE NUNES BIANCHI**

EMPRESA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E FUNÇÃO SOCIAL

CURITIBA
2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

JOE NUNES BIANCHI

EMPRESA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E FUNÇÃO SOCIAL

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Empresarial das Faculdades Integradas Curitiba, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Marta Marília Tonin

CURITIBA

2007

JOE NUNES BIANCHI

EMPRESA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E FUNÇÃO SOCIAL

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito pelas Faculdades Integradas Curitiba.
Banca Examinadora constituída pelos seguintes professores:

Presidente:

Prof. Dra. Marta Marília Tonin

Prof. Dr. Alcides Tomasetti Junior

Prof. Dra. Gisela Maria Bester

Curitiba (PR), 12 de fevereiro de 2007.

SUMÁRIO

RESUMO.....	6
ABSTRACT.....	7
INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO 1: FUNDAMENTOS CONCEITUAIS.....	10
1 CONSTITUIÇÃO ABERTA.....	10
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	15
3 NORMAS CONSTITUCIONAIS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	18
4 VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS...	27
4.1 Ineficácia e state action.....	27
4.2 Teoria da eficácia indireta ou mediata.....	31
4.3 Teoria da eficácia direta ou imediata.....	37
4.4 Teoria dos deveres de proteção.....	39
CAPÍTULO 2: EMPRESA E CONSTITUIÇÃO.....	43
1 DESENVOLVIMENTO DO DIREITO EMPRESARIAL E O MERCADO.....	43
1.1 Evolução histórica do direito comercial.....	43
1.2 Princípios gerais da ordem econômica.....	45
1.3 Livre iniciativa.....	48
1.4 Direito concorrencial.....	49
2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO.....	62
3 EMPRESA: ESTRUTURA E FINALIDADE.....	65
4 FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA.....	74
4.1 Objeções à função social da empresa.....	81
CAPÍTULO 3: EFICÁCIA PRIVADA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA.....	85

1	RELAÇÃO ENTRE A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA.....	85
2	RESPONSABILIDADE SOCIAL, SUSTENTABILIDADE E INCLUSÃO.....	88
3	TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	93
	CONCLUSÃO.....	103
	REFERÊNCIAS.....	105

RESUMO

A dissertação trata inicialmente da teoria relacionada aos participantes da interpretação constitucional tendo em vista a proteção dos direitos fundamentais. Cuida do desenvolvimento dos direitos fundamentais bem como da divisão das normas (em regras e princípios) a eles referentes e da máxima da proporcionalidade (ou ponderação), para a solução das colisões entre princípios. Aborda, em seguida, a *state action* e as teorias sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. A pesquisa também analisa a livre iniciativa como “liberdade” e o direito concorrencial como “instituição” que também tutela o consumidor, discorrendo sobre a influência dos direitos fundamentais no direito privado, com o fenômeno da constitucionalização deste campo do Direito. Na seqüência, analisa a evolução do direito empresarial com a teoria da empresa em substituição à teoria dos atos de comércio e o debate nacional sobre a função social da empresa. A seguir, identifica dois pontos de contato entre a teoria da eficácia privada e a função social da empresa: (1) a doutrina da eficácia indireta ou mediata e a cláusula geral da função social e (2) a função social da empresa, entendida esta como deveres positivos e a eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais. O trabalho passa em revista a responsabilidade social, a sustentabilidade e a inclusão como diferenciais competitivos para o sucesso da empresa e, por fim, examina a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sob o enfoque de acesso à justiça.

ABSTRACT

Initially the dissertation deals with the constitutional interpretation related to the participants in view of the fundamental rights protection. It considers the fundamental rights development as well the norms division (in rules and principles) and the proportionality (or balance) in order to decide principles's collisions. After that, it approaches the *state action* and private connection theories regarding fundamental rights. The research analyses the free enterprise as "liberty" and the trust law as "institution" that also protects de consumer. It discourses about fundamental rights influence on the private law due to the "constitutionalization of private law". Following it analyses the bussines law evolution considering the enterprise theory in order to substitute the comercial's acts theory and the national debate about the social function of the enterprise. In the sequence it identifies two links between private effectiveness and the social function: 1) the mediate effectiveness doctrine of the fundamental rights and the general clause of the social function and 2) the enterprise's understood as positive duties and the immediate effectiveness theory of the fundamental rights. This work emphasizes the social responsibility, sustainability and inclusion as competitive differentials. Finally, it examines the jurisdictional protection of the fundamental rights under the doctrine of access to justice.

INTRODUÇÃO

A teoria da interpretação constitucional constitui objeto inicial de análise na presente dissertação, no tocante aos participantes da interpretação tendo em vista a superação do atual comprometimento existente entre a teoria da interpretação constitucional com o modelo de interpretação de uma sociedade fechada, apoiado no tema da “Constituição e realidade constitucional”.

Impende abordar o significado dos direitos fundamentais, o desenvolvimento histórico deles, inclusive com a classificação dos direitos fundamentais para, posteriormente, passar em revista o estudo das normas constitucionais de direitos fundamentais, individualmente consideradas ou inseridas no sistema jurídico considerando a resolução de antinomias.

A relevância da investigação científica proposta advém da questão relativa à efetividade dos direitos fundamentais. A denominada “eficácia horizontal” está associada à existência ou não de vinculação entre particulares aos direitos fundamentais, contudo, a matéria é controvertida sendo necessário analisar tanto as teorias que negam quanto as que afirmam tal eficácia, sem olvidar o estudo da “state action” em particular.

O Direito Comercial, atualmente denominado Direito Empresarial, e o Direito do Consumidor representam, atualmente, duas faces da mesma moeda ou mesmo disciplina jurídica própria chamada de Direito do Mercado. É preciso, pois, percorrer os caminhos da evolução histórica do Direito Comercial analisando a livre iniciativa, o direito concorrencial e o direito do consumidor.

A dissertação cuida da passagem da teoria dos atos de comércio para a teoria da empresa considerando o agente econômico denominado “empresário”, a quem cabe combinar os seus bens ou do proprietário; a força de trabalho do trabalhador ou a própria e o seu capital ou do capitalista nos serviços produtivos da agricultura, indústria e comércio, organizando e conduzindo a atividade, decidindo sobre a produção tendo em vista a demanda, assumindo os riscos do empreendimento na busca do lucro.

No tocante à denominada “função social da empresa”, inicialmente o presente trabalho examina os posicionamentos tendentes a reconhecer a sua

existência, ora baseados na função social da propriedade, ora no poder de controle da sociedade, ou mesmo nos princípios constitucionais da dignidade humana e solidariedade social, passando posteriormente à análise das potentes objeções.

Investiga-se, em seguida, os pontos de contato entre a eficácia privada dos direitos fundamentais e a denominada função social da empresa. Abordar-se a responsabilidade social, a sustentabilidade, bem como a inclusão na práxis do modo de produção capitalista. Finalmente, cuida-se da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sob o enfoque de “acesso à justiça”.

CAPÍTULO 1: FUNDAMENTOS CONCEITUAIS

1 CONSTITUIÇÃO ABERTA

Para Ferdinand Lassalle a Constituição é o reflexo da soma dos fatores reais de poder, caso contrário, não passa de uma folha de papel. De nada adianta as prescrições constitucionais que não se ajustam à realidade, aos fatores reais de poder.¹ Para Konrad Hesse a Constituição é relativamente independente da realidade social, política e econômica, de modo que a normatividade não se subordina de maneira absoluta à realidade. A Constituição é determinante e determinada.²

A concepção de abertura constitucional é intensificada na doutrina de direito público na década de 1990, baseada principalmente nos estudos de Pëter Haberle, realizados vinte anos antes na Alemanha, motivados pelo escrito sociológico de Karl R. Popper a respeito da sociedade aberta, que associa as noções de “sociedade aberta” e “Constituição aberta” partindo do pluralismo democrático.³

As questões sobre as tarefas e os objetivos bem como a respeito dos métodos têm constituído objeto da teoria da interpretação constitucional, ao contrário da indagação associada aos participantes da interpretação. A vasta gama de participantes do processo de interpretação pluralista autoriza o seu tratamento, em especial pela doutrina, tendo em vista razões de ordem teórica, científica e democrática.⁴

A teoria da interpretação constitucional tem se comprometido com o modelo de interpretação de uma sociedade fechada, restrita aos julgadores e

1 LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*, p. 1-40. Cite-se como fatores reais de poder a força dos produtores rurais e do movimento sem-terra, no sistema financeiro e nas federações empresariais, nos sindicatos e centrais sindicais, nas corporações militares e civis, etc.

2 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, p. 9-32. Konrad Hesse sustenta a denominada “vontade de constituição” em detrimento da vontade de “vontade de poder”. A “força normativa” exige a presença de alguns pressupostos associados: ao conteúdo como os acontecimentos históricos; aos limites faticamente realizáveis; e a interpretação.

3 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*, p. 29-30. POPPER, KARL R. *La sociedad abierta y sus enemigos*. Tradução de Eduardo Loedel. 4. ed. Buenos Aires: Paidós, 1991.

4 HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição*, p. 11-12.

procedimentos instituídos, todavia, em face de sua relação com a “Constituição e realidade constitucional”, cabe o exame dos agentes componentes da realidade constitucional não sendo possível arrolar taxativamente o elenco de intérpretes da Constituição.⁵

A interpretação constitucional é, a um só tempo, produto e constituinte da sociedade aberta e os critérios de interpretação constitucional serão mais acentuados, abertos, quanto mais diversa, pluralista, a sociedade; quem vive a norma a interpreta ou a co-interpreta, o que é assegurado pelo influxo da teoria democrática, destacando-se o papel do destinatário-intérprete e dos grupos e dos órgãos estatais.⁶

O exame acurado sobre os participantes decorre do conceito “republicano” de interpretação aberta. O tempo, a esfera pública pluralista e a realidade influenciam a interpretação constitucional de maneira que a teoria constitucional, como dado empírico, deve exteriorizar os grupos de pessoas e os fatores compreendidos pelo espaço público, o modelo e sua relação com o tempo, a realidade como ciência da experiência, com vistas a informação ou mediação.⁷

É possível arrolar, em caráter incipiente, os participantes da interpretação a começar, num primeiro nível, pela Corte Constitucional com decisão vinculante atenuada pelo voto vencido e os órgãos estatais dos três poderes.⁸ As partes no procedimento, os interessados em sentido amplo, pareceristas ou especialistas, peritos e representantes de interesses em

5 HÄBERLE, P. Idem, p. 12-13.

6 HÄBERLE, P. Idem, p. 13-18. Dispõe o preâmbulo da Constituição: “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.”. (grifo nosso)

7 HÄBERLE, P. Idem, p. 20-21.

8 HÄBERLE, P. Idem, p. 20-21. Sob o enfoque “subjetivo” ou “orgânico”, relacionado aos “órgãos” incumbidos da atividade de controle, sobressaem dois sistemas de controle judicial de constitucionalidade das leis: o “difuso” exercido por “todos os órgãos judiciários”; o concentrado realizado por um único órgão especializado e idealizado por Hans Kelsen. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, p. 65-68. Na Alemanha é adotado o sistema concentrado de controle de constitucionalidade. O Tribunal Constitucional Alemão é o defensor da Lei Fundamental e não integra o Poder Judiciário.

audiências públicas, associações, partidos políticos, grupos de pressão organizados e partes em processo administrativo.

Participam da interpretação constitucional, num terceiro nível, a “opinião pública democrática e pluralista e o processo político: *media* (imprensa, rádio, televisão [...] jornalismo profissional, [...] leitores, [...] as iniciativas dos cidadãos, as associações, os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada [...] igrejas, teatros, editoras, as escolas da comunidade, os pedagogos, as associações de pais” e, em destaque, a doutrina tratando dos demais intérpretes nos diferentes níveis.⁹

A interpretação da Constituição não se limita ao Estado, órgãos ou participantes imediatos, porquanto se refere a todos sem olvidar os intérpretes mediatos ou de longo prazo, as pessoas naturais que compõem os quadros dos três poderes como parlamentares, servidores públicos e juízes. Os debates parlamentares constituem interpretação constitucional antecipada, tendo destaque o processo político ou a política como interpretação que cria realidades públicas e se difere da interpretação do juiz (restrita a técnica).¹⁰

Considerando uma teoria que conceba uma unidade política e uma unidade da Constituição, a possibilidade da interpretação constitucional diluir-se num sem número de intérpretes e interpretações constitui obstáculo. Tal objeção, contudo, deve ser avaliada sob o enfoque da legitimação dos intérpretes não-oficiais, ao contrário dos órgãos estatais e dos parlamentares que estão vinculados à Constituição, bem como os partidos políticos, os grupos, os cidadãos, de maneira que quanto menor a vinculação menor a legitimação.¹¹

Sob o enfoque da teoria do direito, da teoria da norma e da teoria da interpretação, o aumento do número de intérpretes decorre da relação entre realidade pluralista e processo de interpretação, porquanto a norma jurídica não constitui uma decisão prévia, ademais, não se pode admitir o argumento de infringência da independência dos juízes que devem interpretar o texto na esfera pública e na realidade. Considerando a interpretação como processo público,

9 HÄBERLE, P. Idem, p. 22-23.

10 HÄBERLE, P. Idem, p. 24-28.

11 HÄBERLE, P. Idem, p. 29-30.

quanto mais ampla for a interpretação constitucional maior o número de participantes.¹²

A partir do prisma teórico-constitucional, a legitimidade das forças pluralistas resulta da constatação de representarem parcela da publicidade e da realidade constitucional e, tendo em vista que a Constituição não apenas estrutura o Estado mas o âmbito público com normas de organização social e de setores privados, não se pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos e, sim, como sujeitos, sendo a Constituição o retrato da publicidade e da realidade.¹³

Num Estado constitucional-democrático impõe-se a análise da legitimação sob a perspectiva da teoria da democracia e releva notar que a democracia não se restringe a imputação pelo povo de responsabilidade aos órgãos do Estado, porque numa sociedade aberta ela se desenvolve também pela mediação do processo público e pluralista, da política e da prática do dia a dia e, em destaque, pela realização dos direitos fundamentais.¹⁴

O povo se afigura um elemento pluralista para a interpretação que se manifesta como partido político, opinião científica, grupos de interesse e cidadão, sendo a democracia o domínio “do cidadão”, noção que mais se aproxima da democracia a partir dos direitos fundamentais, e não “do povo” (termo equívoco) e parcela da democracia do cidadão se dá com o desenvolvimento da interpretação das normas constitucionais.¹⁵

Destarte, há certa relativização da hermenêutica constitucional concentrada na figura do julgador, considerando o aumento do número de participantes, e dos modos de participação de maneira que todas as forças pluralistas públicas são intérpretes da Constituição em potencial e a interpretação constitucional não está limitada ao processo constitucional formal, devendo espelhar a pluralidade do âmbito público e a realidade.¹⁶

Os tribunais devem avaliar com prudência a legitimidade das decisões do legislador democrático bem como observar os debates e a opinião pública pluralista sobre as leis que despertam maior interesse social, cabendo, na

12 HÄBERLE, P. Idem, p. 30-32

13 HÄBERLE, P. Idem, p. 33-35.

14 HÄBERLE, P. Idem, p. 36-37.

15 HÄBERLE, P. Idem, p. 37-40.

16 HÄBERLE, P. Idem, p. 41-43.

hipótese de acentuada divisão de opiniões, conferir a função integrativa da Constituição.¹⁷

As vias de informação dos juízes constitucionais devem ser aumentadas e melhoradas, especialmente no tocante às possibilidades e aos modos de participação no processo constitucional, audiências e intervenções, das potências públicas pluralistas e o direito processual deve corresponder ao direito de participação democrática. Uma excelente conformação legislativa e um aprimoramento da interpretação do direito constitucional processual são imprescindíveis para a garantia da legitimação da jurisdição constitucional sob o enfoque da teoria de Democracia.¹⁸

Pondera Gisela Maria Bester:

Pensem no caso do Brasil, que adota o pluralismo como um valor constitucional já no Preâmbulo da CF/88, vindo ele depois reforçado em princípios e em regras ao longo do texto constitucional: para nós, esse novo método hermenêutico seria muito necessário, notadamente no campo dos direitos fundamentais. Afinal, considerar as concepções marginais pluralistas é também um problema de aplicação do Princípio da Igualdade.¹⁹

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

O conceito de direito e de justiça preponderante na Idade Média concebe, por obra de Tomás de Aquino que remonta a Platão e Aristóteles, o direito natural “superior e inderrogável” como limite do direito positivo.²⁰ Sustentava escola jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, de Grotius a Rosseau,

17 HÄBERLE, P. Idem, p. 44-46.

18 HÄBERLE, P. Idem, p. 46-48. Dispõe o § 1º do artigos 9º e 20 da Lei nº 9.868/99: “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.”. As previsões tiveram em vista instituir uma abertura procedimental nos processos constitucionais de controle de constitucionalidade concentrado sem olvidar a importante figura do *amicus curiae*. BESTER, Gisela Maria. *Direito constitucional*, p. 165.

19 BESTER, Gisela Maria. *Direito constitucional*, p. 163-164.

20 CAPPELLETTI, M. Op. cit., p. 51-52.

“a existência de ‘direitos inatos’, intangíveis e irrenunciáveis” limitadores do legislador.²¹

Num primeiro momento havia a oposição entre o sistema do direito natural e o sistema do direito positivo. Posteriormente, contudo, ocorreu a “positivação do direito natural” perceptível na França a partir da atuação dos “Parlements” consistente na “*hereuse impuissance*”, ou seja, na possibilidade de transgressão das leis pelo Rei e na edição de leis inconstitucionais pelo Parlamento que influenciou o pensamento de Montesquieu.²²

A atual concepção de “positivação do direito natural” tem início com as Constituições rígidas do constitucionalismo moderno e embora o constitucionalismo represente um avanço sobre o pensamento jusnaturalista, as liberdades civis e políticas sobre as quais o Estado moderno se funda são conquistas do jusnaturalismo.²³

Com alcance mais “preciso e estrito”, os direitos fundamentais são os direitos positivados no ordenamento interno de um Estado, ao passo que os direitos humanos correspondem aos direitos naturais positivados apenas no âmbito internacional e referentes à dignidade, liberdade e igualdade, possuindo sentido mais “amplo e impreciso”.²⁴ As liberdades públicas protegem, de outro lado, o âmbito de autonomia subjetiva enquanto os direitos fundamentais compreendem as liberdades tradicionais e os novos direitos econômicos, sociais e culturais.

A concepção de direitos fundamentais é determinante para a identificação do Poder Público com o Estado de Direito. Dessa relação surge o papel a ser desempenhado pelos direitos fundamentais no modo de organizar e exercer as funções estatais, considerando que são as principais garantias que possuem os cidadãos do Estado de Direito para exigir dos sistemas políticos e jurídicos o alcance do respeito e da promoção da pessoa humana nos planos individual e coletivo. Os direitos fundamentais se consubstanciam nas normas

21 CAPPELLETTI, M. *Idem*, p. 52-53.

22 CAPPELLETTI, M. *Idem*, p. 54-56.

23 CAPPELLETTI, M. *Idem*, p. 56.

24 PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. *Los derechos fundamentales*, p. 44-47-48. Gisela Maria Bester destaca, entretanto, que no Brasil poucos autores levam em consideração em suas obras a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, sendo que a maioria “funde” estes qualificativos. *Op. cit.*, 560-561.

constitucionais como conjunto de valores objetivos básicos, como consectários da proteção das situações jurídicas subjetivas.²⁵

Dessa maneira, os direitos fundamentais são o produto do consenso das diferentes forças sociais que, por meio de esforços e acordos, definiram os valores e as metas comuns. Assim, os direitos fundamentais legitimam e correspondem as formas do Estado de Direito, constituem os pressupostos do consenso que definem e priorizam os valores e as bases sobre as quais se funda a sociedade democrática, bem como comportam e abrangem a garantia essencial de um processo político livre e aberto. que sustenta qualquer sociedade pluralista.²⁶

Nessa perspectiva, o Estado Liberal evoluiu para a forma do Estado de Direito que possui, como corolário, os direitos fundamentais que dinamiza, garantindo as liberdades existentes e o alcance das descrições emancipadoras previstas na Constituição, que define e prevê um conjunto de valores, fins e ações positivas do poder público. Os direitos fundamentais fixam, na sua dimensão subjetiva, o estatuto jurídico dos cidadãos nas suas relações recíprocas com o Estado, buscando tutelar a liberdade e a segurança do indivíduo.²⁷

O sociólogo britânico Thomas Humphrey Marshall analisa, em seu artigo intitulado "Citizenship and Social Class", publicado em 1950 a evolução da cidadania como o desenvolvimento dos direitos civis (século XVIII), políticos (século XIX) e sociais (século XX) e sua destacada contribuição foi a introdução da categoria dos direitos sociais, concluindo que um cidadão somente se afigura um "cidadão pleno" se possuir as três categorias de direitos.²⁸

Jellinek enuncia as quatro fases percorridas para alcançar a afirmação dos direitos públicos subjetivos:²⁹ a) o "status subiectiones" fixou a situação de passividade dos destinatários da norma emanada do poder público; b) o "status libertatis" importou no reconhecimento das esferas de liberdades individuais negativas dos cidadãos; c) no "status civitatis" os cidadãos exercem pretensões junto ao Estado, ou seja, podem exigir um comportamento positivo do

25 PÉREZ LUÑO, A. H. Idem, p. 20-21.

26 PÉREZ LUÑO, A. H. Idem, p. 21-22.

27 PÉREZ LUÑO, A. H. Idem, p. 22-23.

28 BESTER, G. M. Op. cit., p. 587.

29 PÉREZ LUÑO, A. H. Idem, p. 24.

Estado na defesa de seus direitos civis; d) no “status activae civitatis” o cidadão goza plenamente de direitos políticos, participando da formação da vontade do Estado como membro da comunidade política.

Esses estados serviram para assegurar instrumentos para a defesa de interesses individuais, por isso, à medida que os cidadãos adquiriram a consciência de que para desfrutar desses direitos e liberdades precisariam assegurar uma quota de bem estar econômico para que todos os indivíduos participassem ativamente na vida comunitária, originou-se uma nova classificação batizada por Jellinek como “status positivus socialis”, relacionado ao desenvolvimento da subjetividade humana nas dimensões individual e coletiva.³⁰

Assim, amplia-se o horizonte do constitucionalismo que passa a desempenhar a função de garantir a liberdade individual e a defesa dos aspectos sociais e coletivos da subjetividade humana, além de assumir uma dimensão institucional no sentido de promover o desenvolvimento e a concretização dos valores e fins constitucionalmente previstos.

Não é sem motivo que os direitos fundamentais aparecem como referência nos textos constitucionais mas a autenticidade de sua recepção depende do seu relacionamento com o Estado de Direito. A realização dos direitos fundamentais depende da tutela realizada pelo Estado de Direito e a relação de vivência e intensidade da tutela desses direitos revela efetiva implantação desse Estado.³¹

3 NORMAS CONSTITUCIONAIS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A distinção das normas jurídicas em regras e princípios de Robert Alexy trata-se de um refinamento da formulação de Ronald Dworkin. Apesar de antiga, a classificação não é pacífica. No entanto, é dominante entre os constitucionalistas brasileiros do começo do Século XXI.³²

Com relação à estrutura das normas de direito fundamental existem várias distinções, constituindo-se na principal a que diferencia regras e princípios,

30 PÉREZ LUÑO, A. H. Idem, p. 25.

31 PÉREZ LUÑO, A. H. Idem, p. 26-27.

32 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *A distinção estrutural entre princípios e regras e sua importância para a dogmática jurídica – resposta às objeções de Humberto Ávila ao modelo de Robert Alexy*, p. 153.

indispensável para uma teoria adequada sobre os limites, as colisões e o papel dos direitos fundamentais.³³

As normas jurídicas são regras em sua maioria, ao contrário das normas constitucionais referentes ao Direito e a justiça que são, prevalentemente, princípios.³⁴ As regras e princípios são normas porquanto revelam um “dever ser”.³⁵

O critério mais comum de diferenciação é o da “generalidade” segundo o qual os princípios apresentam alto grau de imprecisão em comparação com as regras.³⁶ Considerando os vários critérios de distinção existentes entre regras e princípios,³⁷ pode-se inferir três posicionamentos:³⁸ o primeiro sustenta que é inadequada a divisão das normas em regras e princípios em razão da multiplicidade de normas, bem como, diante da possibilidade de cumulação de critérios de distinção heterogêneos; o segundo destaca que a distinção é apenas de grau; para o terceiro a divisão das normas em regras e princípios não se baseia somente no grau e sim na qualidade.

Considerando o terceiro posicionamento, as regras são normas que contêm determinações realizáveis no plano fático e jurídico que podem ser ou não cumpridas, contudo, “os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”; são “imperativos de otimização”, porquanto podem ser realizados em graus diferentes conforme as possibilidades reais e jurídicas existentes.³⁹

Os princípios são “imperativos de maximização” quanto às possibilidades fáticas e “imperativos de otimização” quanto às possibilidades jurídicas. No entanto, a expressão “imperativos de otimização” é preferível porque

33 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 81-82.

34 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, p. 109-111.

35 ALEXY, R. Op. cit., p. 83.

36 Segundo Robert Alexy generalidade não se confunde com especialidade (baixo grau de generalidade) e com universalidade (referência a todos os indivíduos de uma classe). ALEXY, R. Idem, p. 83.

37 Alguns desses critérios são: o da determinabilidade dos casos de aplicação (Esser); o da origem; o da diferenciação entre normas criadas e desenvolvidas; o do caráter explícito do conteúdo valorativo (Canaris); da referência a idéia do Direito (Larenz); da lei jurídica suprema (Wolff); da importância para o ordenamento jurídico (Peczenik e Ziembinsk); da constituição em regras ou fundamentos de regras; de normas de argumentação ou normas de comportamento. ALEXY, R. Idem, p. 84-85.

38 ALEXY, R. Idem, p. 83-84.

39 ALEXY, R. Idem, p. 85-86.

tem a vantagem de considerar os princípios em conjunto, ao contrário da expressão “imperativos de maximização”.⁴⁰

As regras definem ações positivas ou negativas abstratamente, todavia, os princípios desenvolvem um papel constitutivo e somente no caso concreto definem uma posição.⁴¹

A existência de dois juízos de “dever ser” antagônicos denota a existência de um conflito de regras ou uma colisão de princípios.⁴²

A eliminação do conflito de regras ocorre com a introdução de uma “cláusula de exceção” em uma delas, caso contrário uma das regras deve ser considerada inválida consoante o brocardo “lex posterior derogat legi priori” e “lex specialis derogat legi generali”.⁴³

A “consistência” de um ordenamento jurídico pressupõe a inexistência ou a eliminação das normas válidas e contraditórias entre si.⁴⁴ O vocábulo “antinomia” remonta a Plutarco e Quintiliano e, no ano de 1613, Glocenius traçou a distinção entre antinomia em sentido lato (entre sentença e proposição) e em sentido estrito (entre leis) bem como entre antinomia real e aparente. Eckolt analisou, em 1660, a questão da antinomia em sentido estrito e a distinção entre antinomia real e aparente.⁴⁵

No ano de 1732 J. H. Zedler tratou da exclusão recíproca entre leis e, em 1770, G. Baumgarten investigou a antinomia entre direito natural e direito civil. A palavra antinomia embora “consagrado pelo uso jurídico [...] é mais rigorosamente definida no campo da lógica”, com efeito, consoante Quine “uma antinomia gera autocontradição por processos aceitos pelo raciocínio”.⁴⁶

A antinomia lógico-matemática consiste na “contradição que resulta da dedução correta baseada em premissas coerentes” e “um enunciado que é simultaneamente contraditório e demonstrável” (Stegmüller); no entanto, para Russell trata-se de uma “falácia” consoante a sua teoria dos tipos lógicos.

40 ALEXY, R. Idem, p. 91.

41 ZAGREBELSKY, Op. cit., p. 109-111.

42 ALEXY, R. Op. cit., p. 873.

43 ALEXY, R. Idem, p. 87-89.

44 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, p. 202.

45 FERRAZ JUNIOR, T. S. Idem, p. 202-203.

46 FERRAZ JUNIOR, T. S. Idem, p. 203.

A antinomia semântica é a “contradição que resulta da dedução correta baseada em premissas coerentes [...] porém [...] promana de algumas incoerências, ocultas na estrutura de níveis do pensamento e da linguagem”. Segundo Carnap e Tarski cuida-se de uma carência de sentido “sem-sentido” consoante a “teoria dos níveis de linguagem” que diferencia “língua-objeto” (enunciados sobre objetos) e “metalíngua” (enunciados sobre enunciados).⁴⁷

A antinomia pragmática (Watzlawick) exige três condições a) forte relação complementar entre o emissor de uma mensagem e o receptor; b) nos quadros dessa relação é dada uma instrução que deve ser obedecida, mas que também deve ser desobedecida para ser obedecida (pressupõe uma contradição no sentido lógico-matemático e semântico; c) o receptor em situação de indecidibilidade.⁴⁸

Segundo Tercio Sampaio Ferraz Junior “ao adotarmos a definição lógica ou a semântica, somos levados a um beco sem saída, pois uma antinomia jurídica, em termos lógicos ou semânticos, equivaleria sempre a uma falácia ou a um sem-sentido”, logo, a antinomia jurídica é a antinomia pragmática e, ainda, toda a antinomia envolve contradição, mas nem toda contradição constitui antinomia.⁴⁹

Há divergência sobre a possibilidade de existência de antinomias entre direito e moral, entretanto, as normas devem emanar de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo. Na antinomia aparente o intérprete possui uma escapatória e é solucionada com os seguintes critérios: a) hierárquico “lex superior derogat inferiori”; b) da especialidade “lex specialis derogat generalis”; e cronológico “lex posterior derogat priori”. O quarto critério, consistente no brocardo “lex favorabilis derogat odiosa” está em desuso.⁵⁰

A antinomia real ocorre quando há um conflito entre os critérios de resolução da antinomia, devendo o intérprete recorrer aos metacritérios. A

47 FERRAZ JUNIOR, T. S. *Idem*, p. 204.

48 FERRAZ JUNIOR, T. S. *Idem*, p. 205.

49 FERRAZ JUNIOR, T. S. *Idem*, *ibidem*.

50 FERRAZ JUNIOR, T. S. *Idem*, p. 207.

posição do sujeito é insustentável porque não há critérios para solução, ou seja, há lacunas de regras de solução de antinomia.⁵¹

No conflito entre os critérios hierárquico e cronológico o metacritério para resolução é “lex posteriori inferiori non derogat priori superiori. Na contradição entre os critérios da especialidade e o cronológico, por sua vez, o metacritério é “lex posteriori generalis non derogat priori speciali”; finalmente, quando ocorre o confronto entre o critério hierárquico e o da especialidade, antinomias entre normas uma superior-geral e outra inferior-especial não há metacritério.⁵²

As antinomias podem ser “próprias” quando há um comando permissivo e outro proibitivo, ou “impróprias”, relacionadas ao conteúdo material das normas, antinomias de princípios, antinomias de valoração e antinomias teleológicas. Quanto ao âmbito podem ser: de direito interno; internacional ou; interno-internacional.⁵³

Quanto a extensão da contradição, segundo Ross pode existir: antinomia total-total “quando uma das normas não pode ser aplicada em nenhuma circunstância, sem entrar em conflito com outra”; antinomia total-parcial “quando uma das normas não pode ser aplicada em nenhuma circunstância, sem entrar em conflito com outra enquanto a outra tem um campo de aplicação que entra em conflito com a anterior apenas em parte”; ou antinomia parcial parcial “quando as duas normas têm um campo de aplicação que em parte entra em conflito com o de outra, em parte não entra”.⁵⁴

A colisão de princípios é solucionada de modo diverso do conflito de regras, com efeito, quando existe um antagonismo entre princípios, ou seja, quando algo está permitido consoante o princípio “p1” e proibido conforme o

51 BOBBIO, Norberto. *Teoria dell' ordinamento giuridico*. Turim: Giapichelli, 1969, p. 253. CAPELLA, Juan-Ramon. *El derecho como lenguaje*. Barcelona: Ariel, 1968, p. 285. Apud FERRAZ JUNIOR. T. S. Idem, ibidem.

52 Consoante Norberto Bobbio “...teoricamente deveríamos optar pelo critério hierárquico (uma lei constitucional geral prevalece sobre uma lei ordinária especial), mas, na prática, a exigência de adotar os princípios gerais de uma Constituição a situações novas leva, com frequência a fazer triunfar lei especial, ainda que ordinária, sobre a constitucional.”. Idem, p. 256. Apud FERRAZ JUNIOR. T. S. Idem, ibidem.

53 FERRAZ JUNIOR. T. S. Idem, p. 209.

54 ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba, 1970. Apud FERRAZ JUNIOR. T. S. Idem, p. 210.

princípio “p2” prevalecerá o princípio com maior peso no caso concreto sem a declaração de invalidade de qualquer deles.⁵⁵

Na Alemanha, por exemplo, um acusado invocou, próximo a data de sua audiência oral, com apoio em atestados médicos, o risco de perder a vida em razão de um provável enfarto.⁵⁶

Cuida-se, efetivamente, de uma colisão de princípios porquanto há, de um lado, o dever de manter no máximo possível a aplicabilidade do direito penal e existe, por outro, o dever de atingir menos possível a vida do acusado.⁵⁷

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha constatou uma relação de tensão entre o dever do Estado de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na salvaguarda de seus direitos constitucionalmente garantidos cuja proteção o Estado está igualmente obrigado pela Lei Fundamental.

O princípio “p1” (direito à vida e à integridade física) e o princípio “p2” (aplicação do direito penal) estão em colisão, de maneira que “p1” está impedindo a realização e “p2” e vice-versa, “p1” está impossibilitando a realização da audiência oral e “p2” está impondo a realização, inicialmente, a resolução da colisão pode ser concebida de maneira condicionada ou incondicionada: a) “p1 **P** p2” (“p1” prevalece sobre “p2”); b) “p2 **P** p1” (“p2” prevalece sobre “p1”); c) “(p1 **P** p2) **C**” (“p1” prevalece sobre “p2” em determinadas condições); d) “(p2 **P** p1) **C**” (“p2” prevalece sobre “p1” em determinadas condições).⁵⁸

Nas duas primeiras hipóteses, “(p1 **P** p2)” e “(p2 **P** p1)”, cuida-se de relações de precedências incondicionadas, inadmissíveis, tendo em vista a inexistência de princípios absolutos. Aliás, apenas aparentemente o princípio da dignidade humana representa uma exceção; afigurando-se a possibilidade de existência de princípios absolutos é incompatível com a própria noção de “princípio”: os “princípios absolutos” não possuem limites jurídicos, não são “imperativos de otimização”; os princípios podem estar relacionados a “bens coletivos” ou “direitos individuais”. Quando um princípio está relacionado a um bem coletivo e é absoluto, as normas de direito fundamental não fixam nenhum

55 ALEXY, R. Op. cit., p. 87-88.

56 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1200.

57 ALEXY, R. Op. cit., p. 91.

58 ALEXY, R. Idem, p. 90-92.

limite jurídico, logo, onde existem direitos fundamentais não existe princípio absoluto; a possibilidade de colisão de dois princípios absolutos relacionados a “direitos individuais” soa contraditória.⁵⁹

A colisão de princípios se resolve com a ponderação de interesses da mesma classe, com a prevalência do princípio de maior peso no caso concreto; portanto, somente as duas últimas possibilidades, “(p1 P p2) C” e “(p2 P p1) C”, são aceitáveis consoante a “teoria das condições de precedência condicionadas”. Com efeito, na hipótese “(p1 P p2) C”, “p1” prevalece sobre “p2” debaixo de determinadas condições “C”, bem como na espécie “(p2 P p1) C”, “p2” prevalece sobre “p1” debaixo de determinadas condições “C”, resulta uma resposta “R”, assim, “(p1 P p2) C?R” ou “(p2 P p1) C?R”, logo, a “lei de colisão” é “C R”.⁶⁰

A resolução da colisão se desenvolve em três estágios: constata-se a colisão de princípios de mesma hierarquia; são enumeradas as condições de precedência; decide-se.⁶¹

Outro exemplo paradigmático é o “caso Lebach”, também ocorrido na Alemanha, onde foram assassinados quatro sentinelas num depósito de munições do exército federal da Alemanha para a subtração de armamentos, sendo que determinado programa de televisão pretendia repetir um documentário intitulado “o assassinato de soldados em Lebach”. Um réu processado e condenado à prisão que estava próximo ao término do cumprimento da pena sustentou que a exibição comprometeria sua ressocialização, no entanto, a emissora de televisão afirmava a liberdade de informação.⁶²

Nessa hipótese, o princípio “p1” (liberdade de informação) contraposto ao princípio “p2” (proteção da personalidade) nas condições “C”, decidiu o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha considerando “C” igual soma de “S1” (reportagem repetida), “S2” (falta de interesse atual), “S3” (perigo na ressocialização) e “S4” (delito sem interesse atual), que “S1 e S2 e S3 e S4?R”, “R” (vedação) seria a norma de direito fundamental com caráter de

59 ALEXY, R. Idem, p. 92-93; 106-107.

60 ALEXY, R. Idem, p. 92-94.

61 ALEXY, R. Idem, p. 95-98.

62 CANOTILHO, J. J. G. Op. cit., ibidem.

regra.⁶³

Infere-se o caráter “prima facie” dos princípios tendo em vista que não contém “mandatos definitivos” quanto às possibilidades fáticas e jurídicas existentes, ou seja, representam razões que podem ser desconsideradas por outras, por intermédio de uma decisão. Uma regra pode deixar de conter um “mandato definitivo” pela introdução de uma cláusula de exceção, adquirindo um caráter “prima facie” diverso e mais forte, face aos princípios formais. O caráter “prima facie” dos princípios somente se iguala ao caráter “prima facie” das regras quando existente uma carga de argumentação a favor. As regras são razões definitivas e os princípios razões “prima facie”, e ambas são razões para normas e mediatamente razões para ações ou juízos concretos de dever ser.⁶⁴

Assinala Alexy que:

[...] entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade existe uma conexão. Esta conexão não pode ser mais estreita: o caráter de princípio implica máxima da proporcionalidade e esta implica aquele. O caráter de princípio implica máxima da proporcionalidade com suas três máximas parciais, adequação, necessidade (postulado do meio mais benigno) e proporcionalidade em sentido estrito (postulado de ponderação propriamente dito) infere-se logicamente do caráter de princípio, quer dizer, é dedutível dele. O Tribunal Constitucional Federal já disse, em uma formulação algo obscura que a máxima da proporcionalidade resulta ‘no fundo da própria essência dos direitos fundamentais’.⁶⁵

O princípio da proporcionalidade⁶⁶ de origem remota, tem sido invocado novamente acerca de duzentos anos e aplicado normalmente no âmbito do direito administrativo, passando a ter aplicação no direito constitucional, em razão da doutrina e jurisprudência da Alemanha e da Suíça.⁶⁷

Inicialmente, a proporcionalidade estava relacionada com a imposição de limites ao Poder Executivo, como proibição do excesso. A doutrina ora infere a proporcionalidade a partir dos direitos fundamentais e ora do Estado

63 ALEXY, R. Op. cit., p. 97.

64 ALEXY, R. Idem, p. 98-101.

65 ALEXY, R. Idem, p. 111-112.

66 Segundo Robert Alexy “a máxima da proporcionalidade sói ser chamada como ‘princípio da proporcionalidade’. Sem embargo, não se trata de um princípio [...] a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito não são ponderados frente a algo diferente. Não é que algumas vezes tenham precedência e outras não. O que mais se questiona, é se as máximas parciais são satisfeitas ou não e se não satisfeitas têm como consequência a ilegalidade. Por isso, as três máximas parciais, tem que ser catalogadas como regras.”. ALEXY, R. Idem, p. 111.

67 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 362.

de Direito Democrático.⁶⁸

A proporcionalidade só pode ser entendida no seu sentido e alcance tendo em vista “as duas concepções de Estado de Direito”: a primeira, decadente, antiquada, relacionada ao princípio da legalidade com ápice no direito positivo da Constituição de Weimar, de 1919, e a segunda conectada com o princípio da constitucionalidade que transferiu para a proteção dos direitos fundamentais “o centro de gravidade da ordem jurídica”.⁶⁹

Conforme Pierre Müller, a proporcionalidade (em sentido amplo) representa o cânone a ser observado pelos que controlam ou são afetados pelo poder. Num sentido restrito representa a adequação existente entre os fins almejados e os meios utilizados, sendo, posteriormente, acrescentado por Braibant a situação de fato, perfazendo o triângulo formado pelos elementos meio, fim e situação de fato.⁷⁰

Com apoio na doutrina de Jhering, Ermarcora assevera que todo o direito busca uma finalidade, de maneira que existe uma relação normativa e sistemática entre o meio e o fim face a regra jurídica donde pode ser inferida a proporcionalidade.⁷¹

A máxima da proporcionalidade em sentido amplo é constituída de três máximas parciais:⁷² conformidade ou adequação; exigibilidade ou da necessidade; proporcionalidade em sentido restrito.

A máxima da conformidade ou da adequação refere-se a escolha do meio apto para a consecução de um fim escorado no interesse público. Consoante a máxima da exigibilidade ou da necessidade, o meio empregado não pode extrapolar os limites indispensáveis para a realização do fim e de todos os meios deve-se optar pelo menos gravoso para o cidadão. A máxima da proporcionalidade em sentido restrito significa avaliar se a medida adequada e necessária é proporcional a coação levada a efeito, a “justa medida”.⁷³

4 VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

68 CANOTILHO, J. J. G. Op. cit., p. 265-266.

69 BONAVIDES, P. Op. cit., ibidem.

70 BONAVIDES, P. Idem, p. 356-357.

71 BONAVIDES, P. Idem, p. 357-358.

72 CANOTILHO, J. J. G. Op. cit., p. 268.

73 CANOTILHO, J. J. G. Idem, p. 268.-269; BONAVIDES, P. Idem, ibidem.

4.1 Ineficácia e *state action*

Nos Estados Unidos é amplamente majoritário o posicionamento de que os direitos fundamentais vinculam somente o poder público, com exceção da 13ª emenda que vedou a escravatura. Considerando a *state action*, cabe identificar em quais hipóteses o comportamento do particular é passível de imputação ao Estado. Nos ordenamentos româno-germânicos, no entanto, predomina o entendimento da influência dos direitos fundamentais no direito privado havendo discrepâncias quanto ao modo e o alcance.⁷⁴

Logo no início, Mangoldt e Forsthoff opuseram-se à teoria da eficácia horizontal, porquanto os direitos fundamentais representariam direitos de proteção contra o Estado, premissa do liberalismo clássico. Ao lado disso, inferiam a impossibilidade do texto da Lei Fundamental, da intenção do constituinte. Sustentavam o conseqüente esfacelamento do direito privado, que seria consumido pelo direito constitucional, atribuindo maior poder aos juízes em detrimento do legislador eleito. Finalmente, Forsthoff sustentava uma queda de hierarquia da Constituição para o patamar privado, de norma jurídica para ordem de valores, em prejuízo da hermenêutica constitucional bem como da segurança jurídica.⁷⁵

O Tribunal Constitucional alemão reconhece a eficácia horizontal desde 1950, todavia, o direito suíço de origem romano-germânico bem como o direito estadunidense sustentam a tese da não vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.⁷⁶

Nos Estados Unidos a doutrina da *state action* se baseia na interpretação literal da Constituição e na autonomia privada, preservando-se a liberdade individual que seria prejudicada na sua adaptação à Constituição. O segundo fundamento da *state action* está associado à autonomia federativa, porque nos Estados Unidos cabe aos Estados membros legislar sobre direito privado e não à União.

74 SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil*, p. 196-197.

75 SARMENTO, D. *Idem*, p. 197-198.

76 SARMENTO, D. *Idem*, p. 198.

A doutrina da “state action” teve início em 1883 com os julgamentos dos “Civil Rights Cases”, considerando o “Civil Rights Act” de 1875 que, editado com fundamento na 14ª Emenda, cominou sanções civis e penais às discriminações raciais, resolvendo que os direitos fundamentais previstos na Constituição apenas o Estado vinculam, pensamento que remanesce atualmente com leve diminuição, bem como o fato de não possuir o Congresso competência para legislar sobre relações privadas que, na década de 1960, no entanto, foi revisto podendo a União legislar, por conseguinte, sobre direitos humanos ainda que ausente a figura do Estado.⁷⁷

Aproximadamente em 1940, a Suprema Corte começou a aplicar a “public function theory”⁷⁸, que mitiga a “state action” e sujeita os particulares aos direitos fundamentais quando exercentes de atividades tipicamente estatal, posteriormente adotada para vincular os partidos políticos ao princípio da igualdade, impedindo discriminações raciais.⁷⁹ Perto de 1970, contudo, volta-se a orientação anterior.⁸⁰

Há vinculação dos particulares aos direitos fundamentais quando existe um intenso liame entre o comportamento privado de algum órgão do governo.⁸¹ A Suprema Corte julga, ainda, que ao Estado não é lícito incentivar de maneira direta ou indireta a não observância dos direitos fundamentais⁸², não podendo o Estado conceder, ademais, subsídios, vantagens ou isenções aos particulares que se comportam contrariamente à Constituição⁸³, diferentemente

77 SARMENTO, D. Idem, p. 199-200; 203-205.

78 *Marsh v. Alabama*, 326 U. S. 501 (1946). *Leaden case* que tratou da ilicitude da proibição de acesso as testemunhas de Jeová onde se edificou uma cidade por uma empresa privada proprietária de imóveis, *private owned town*.

79 *Evans v. Newton*, 328 U. S. 296 (1966). Limitação da entrada de negros em um parque privado aberto ao público.

80 SARMENTO, D. Idem, p. 201-203.

81 *Shelleu v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948). Acordo entre proprietários de imóveis de uma área que os impedia de aliená-los aos discriminados em razão de raça; *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715 (1961). Restaurante proibido de discriminar por motivos raciais tendo em vista ser locatário de prédio público; *San Francisco Arts & Athletics Inc. v. United States Olympic Comitee*, 483 U.S. 522 (1987). A um evento atlético gay não foi permitido o uso do vocábulo “olímpico” porquanto a lei atribui exclusividade ao Comitê Olímpico, entidade privada.

82 *Reitman v. Mulkey*, 387 U.S. 369 (1967). A Suprema Corte considerou inconstitucional a emenda que assegurava aos proprietários o direito de vender ou arrendar os imóveis a quem bem entendessem.

83 *Norwood v. Harrison*, 413 U.S. 455 (1971) tratou da proibição da gratuidade de livros aos alunos de instituições particulares de ensino adeptas de políticas discriminatórias; e *Gilmore v. City of Montgomery*, 417 U.S. 556 (1974) cuidou da vedação de utilização exclusiva das utilidades públicas a uma instituição de ensino praticante de racismo.

das empresas sujeitas a um mero licenciamento ou pormenorizada regulação estatal.⁸⁴

Os precedentes se inclinam no sentido de que o comportamento violador de um direito fundamental federal possa ser razoavelmente imputado ao Estado. A “privação” deve advir de direito instituído pelo Estado ou de pessoa que ele seja responsável; posteriormente, que a pessoa que realiza o comportamento possa ser considerada um “ator estatal”, em razão de ser o próprio Estado, ou ter atuado ao lado dele, ou ter recebido auxílio, ou porque o seu comportamento pode de algum modo ser atribuído ao Estado.⁸⁵

A jurisprudência americana restringe a proteção dos direitos fundamentais pelo legislador ordinário⁸⁶ e, malgrado a doutrina majoritária não conteste as premissas da *state action*, parte da doutrina combate a construção jurisprudencial tendo em vista a dicotomia direito público e direito privado⁸⁷, argumentando Kynes que no âmbito público, as expressões liberdade, democracia e igualdade são empregadas e que no ambiente privado, abrangente de toda atividade econômica, não há democracia ou igualdade, somente liberdade para vender e comprar.⁸⁸

Afirma Erwin Chemerinsky, em seu artigo *Rethinking State Action*, que a *state action* tutela a liberdade individual, demarcando uma área de comportamento particular que não necessita se compatibilizar com a Constituição e busca a preservação da autonomia dos Estados. Critica incisivamente o primeiro fundamento porquanto olvida os direitos individuais transgredidos a pretexto de proteger a liberdade e o segundo porque a autonomia deriva da Constituição não podendo ser a ela oposta. Finalmente, sustenta a substituição da *state action* por um modelo de ponderação.⁸⁹

84 *Moose Lodge Number 107 v. Irvis*, 407 U.S. 163 (1972). Caso em que a licença concedida a um clube privado se revela insuficiente para impedir discriminações raciais. *Columbia Broadcasting System v. Democratic National Committee*, 457 U.S. 922 (1982). Restou decidido que a CBS mesmo subordinada ao licenciamento e a regulação estatal, poderia recusar propaganda paga de grupos contrários a Guerra do Vietnã. SARMENTO, D. *Idem*, p. 203-205.

85 SARMENTO, D. *Idem*, p. 205.

86 Em *Boy Scouts of America v. Dale* a Suprema Corte considerou inconstitucional a lei estadual que proíbe a discriminação contra homossexuais no caso em que o escoteiro Dale foi expulso do grupo por ser militante da causa gay.

87 Criticado pelo membros do *Critical Legal Studies* bem como pelo movimento feminista.

88 SARMENTO, D. *Idem*, p. 206.

89 SARMENTO, D. *Idem*, p. 207-208.

Jonh E. Nowak e Ronald D. Rotunda defendem a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas com a ponderação de interesses (*balancing test*) e a omissão estatal na hipótese de violação perpetrada por um particular, tendo em vista a inexistência de lei proibitiva.⁹⁰

4.2 Teoria da eficácia indireta ou mediata

Consoante o pensamento liberal clássico, os direitos fundamentais estariam associados à disciplina de relações públicas tendo o Estado como parte. No entanto, o acentuado individualismo caracterizador do constitucionalismo liberal-burguês é anacrônico e as agressões aos direitos fundamentais não são originados exclusivamente pelo Estado.⁹¹

Poderes não-estatais e prejuízos sociais colocam em risco a liberdade humana uniforme, anteriormente considerada objeto de tutela unicamente da legislação, hodiernamente compreende o dever Estatal de proteção dos direitos fundamentais, resultado da natureza de princípios objetivos dos direitos fundamentais protegendo bens jurídicos de poderes ou pessoas incluindo os particulares.⁹²

Robert Alexy assevera que no tocante à aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas o “como” representa uma questão de construção e “em que medida” uma questão de ponderação, ademais, a controvérsia sobre o tema nasce considerando que as relações entre os particulares são marcadas por uma suposta igualdade jurídica.⁹³

Os direitos fundamentais em sentido negativo estão relacionados a uma omissão estatal impondo, por sua vez, o dever de proteção (salvaguarda eficaz), todavia o “como” incumbe ao legislador prioritariamente e acarreta, não raras vezes, a intromissão em posições tuteladas jurídico-fundamentalmente de

90 SARMENTO, D. *Idem*, p. 208-209.

91 SARMENTO, D. *Idem*, p. 193-194.

92 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 278.

93 SARMENTO, D. *Op. cit.*, p. 194.

terceiros, podendo a proteção de um ensejar a violação de outro, o que deve ser equilibrado proporcionalmente na legislação.⁹⁴

A questão central está na equação dos direitos fundamentais e da autonomia privada, que dá origem a posicionamentos que priorizam um ou outro aspecto bem como a atuação mais incisiva ou comportada dos juízes. A discussão sobre a eficácia perante terceiros teve início com a Lei fundamental de Bonn, com as teorias da eficácia direta ou indireta tendo o debate enveredado pela Espanha e Portugal, com o surgimento de novos posicionamentos.⁹⁵

A teoria da eficácia horizontal cujo precursor foi Günther Dürig⁹⁶ é majoritária na Alemanha, sendo aplicada pela Tribunal Constitucional. Constitui um meio termo entre as teorias da não vinculação e da vinculação imediata, não visualizando os direitos fundamentais como direitos subjetivos invocáveis a partir da Constituição e sim como normas objetivas, valores constitucionais, que se irradiam sobre o direito privado por intermédio das cláusulas gerais.⁹⁷

Os defensores da posição intermediária sustentam que a adoção da teoria da eficácia imediata implicaria eliminação da autonomia da vontade ocasionando a perda da identidade do direito privado, que seria mera materialização do direito constitucional, atribuindo demasiada discricionariedade ao Poder Judiciário tendo em vista o alto grau de indeterminação das normas constitucionais de direitos fundamentais.⁹⁸

A eficácia dos direitos fundamentais seria mediata porquanto extensível aos particulares por intermédio do legislador, com maior proteção ao “tráfico jurídico”, compatibilidade com o regime democrático e a separação dos poderes, constituindo assim os direitos fundamentais princípios de interpretação de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, ora tornando-os claros “wertverdeutlichung”, ora enfatizando os elementos que os compõe “wertakzentuierung”, “Wertverschärfung”, e, excepcionalmente, suprindo espaços vazios mas sempre sob o enfoque de direito privado.⁹⁹

94 HESSE, K. Op. cit., p. 279-280.

95 SARMENTO, D. Op. cit., p. 195.

96 “Grundrechte und Zivilrechtsprechung”. In: MAUNZ, Theodor (Hrsg. Von) Festschrift für Hans Nawisasky. München: Beck, 1956, p. 157-190.

97 SARMENTO, D. Op. cit., p. 210-211, 217.

98 SARMENTO, D. Idem, p. 211-212.

99 SARMENTO, D. Idem, p. 213.

O Poder Judiciário deve, contudo, observar os direitos fundamentais em seus julgados sob pena de reforma da decisão.

O caso Lüth versou sobre dano (direito privado) e liberdade de opinião (direito fundamental art. 5 inc. I da LF). Em 1950, Lüth intercedeu junto aos proprietários e espectadores de cinema para o boicote de um filme produzido por um diretor que ao tempo do período nacional-socialista, levou a efeito uma película anti-semita, tendo os tribunais cíveis considerado a conduta de Lüth um ato ilícito, determinando a sua cessação porquanto violador dos bons costumes. O Tribunal Constitucional Federal cassou a decisão, em sede de recurso constitucional, com fundamento na irradiação dos direitos fundamentais sobre o direito privado, deixando de aplicar a cláusula geral 828 do BGB.¹⁰⁰

No caso Lüth o Tribunal Constitucional enfatizou o fim primeiro dos direitos fundamentais, como direitos de proteção contra o arbítrio estatal bem como destacou a ordem de valores da Lei Fundamental, que tem como ponto nuclear a dignidade humana, apta a influenciar as disposições de privado, o que revela um comprometimento com inclinação social.¹⁰¹

Nos casos de fiadores sem patrimônio ou com patrimônio suficiente apenas para saldar juros e sem perspectiva de pagar o principal no decorrer da vida, o Superior Tribunal Federal julgou que a liberdade de contratar admite assimilação de obrigações de risco. O Tribunal Constitucional Federal considerou a hipótese, todavia, como violação ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 2 inc. I da LF), com base no “efeito irradiador” dos direitos fundamentais nas cláusulas gerais do direito privado, como bons costumes e boa-fé aplicando as cláusulas gerais 138 ou 242 do BGB.¹⁰²

100 CANARIS, Claus-Wilhelm. *A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha*, p. 227-228.

101 SARMENTO, D. Op. cit., p. 215-217.

102 CANARIS, C. W. Op. cit., p. 228-229. No Brasil ocorreu um julgamento semelhante: “HABEAS CORPUS. Prisão civil. Alienação 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 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. DL 911/67. Ordem deferida.” BRASIL. STF. EMENTA. 4ª Turma, v. u. HC n.

Em outro caso concreto, um aprendiz de torneiro mecânico publicou um artigo contrário à instalação de uma usina nuclear e posteriormente, o seu empregador não firmou contrato de trabalho com ele. O Tribunal Federal do Trabalho considerou lícita a não contratação tendo em vista certa dose de “violência” que poderia voltar-se contra o empregador. O Tribunal Constitucional Federal decidiu, por sua vez, pela obrigação de contratar, malgrado a inexistência de regra neste sentido, considerando a livre expressão da opinião bem como a não-discriminação.¹⁰³

O BGB admite em hipóteses excepcionais, como na separação ou no divórcio, a discussão sobre o estado de filho, tendo o Tribunal Constitucional julgado tal regulamentação constitucional visando proteger o matrimônio. No entanto, ao contrário, considerando o direito do filho conhecer a pessoa do pai biológico (direito ao livre desenvolvimento da personalidade art. 2 inc. I da LF) e a concordância dos pais, julgou que a lei privada violou, no caso concreto, a “proporcionalidade”.¹⁰⁴

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal julgou constitucional a lei que protege a relação de emprego, nas empresas com mais de cinco trabalhadores, considerando caber ao Estado a proteção do “livre exercício da profissão” (art. 12 da LF), por outro lado, entendeu correta a exclusão da pequena empresa do âmbito de incidência da norma, tendo em vista ser o empregador merecedor, na hipótese, de proteção em razão de sua capacidade econômica.¹⁰⁵

Os direitos fundamentais podem embasar uma pretensão individual jurídico-fundamental de proteção estatal somente no desenvolvimento preciso e suficiente do direito objetivo. Ademais, existe o efeito diante de terceiros na hipótese do Estado se valer, na prestação de serviços públicos, de um particular.¹⁰⁶

Para Konrad Hesse a eficácia perante terceiros não se refere às garantias incapazes de afetar uma relação entre privados como ocorre na

12547/DF; Ministro Relator Ruy Rosado de Aguiar. 01.06.2000. *DJU*, 12.02.2001 p. 115. RSTJ, v. 148, p. 387.

103 CANARIS, C. W. *Idem*, p. 230-231.

104 CANARIS, C. W. *Idem*, p. 231-232.

105 CANARIS, C. W. *Idem*, p. 233-234.

106 HESSE, K. *Op. cit.*, p. 281.

vedação de nacionalização alemã (art. 16 alínea I da LF), na auto-administração comunal (art. 28, alínea 2, da LF) e nos princípios de funcionalismo de carreira (art. 33 alínea 5 da LF).¹⁰⁷

Com exceção da liberdade de coalizão (art. 9, alínea 3, frase 2 da LF), não existem na Lei Fundamental disposições aptas a determinar um efeito diante de terceiros e, por esta razão, deve ser apreciado o programa e a finalidade dos direitos fundamentais na quadratura constitucional, não autorizando a eficácia perante a consideração dos direitos fundamentais como: direitos subjetivos oponíveis contra o Estado; “dados positivamente para a atualização”; competência negativa.¹⁰⁸

Conforme a jurisprudência do Tribunal do Trabalho Federal alemão que os direitos fundamentais não somente asseguram direitos de liberdade diante do Estado, mas compreendem princípios de regulamentação da vida em sociedade podendo informar, de determinada perspectiva, os negócios dos cidadãos. O Tribunal Federal já admitiu um efeito face a terceiros, por sua vez, o Tribunal Constitucional Federal ainda não decidiu a respeito, no entanto, propugna que os direitos fundamentais constituem decisões de valores objetivos que influenciam na interpretação de todos os ramos do Direito (efeito de irradiação).¹⁰⁹

Consoante o Tribunal Constitucional Federal a questão relativa ao efeito perante terceiros apenas se materializa no ensejo de algum caso concreto que um tribunal julgue a respeito da vinculação, contrariamente, na hipótese de alguém suportar a afetação de sua liberdade jurídico-constitucional sem pleitear a tutela jurisdicional, não existe proteção.¹¹⁰

As partes em uma relação privada possuem igual parcela de tutela dos direitos fundamentais, sendo incabível idêntica proteção pelo poder público tendo em vista que a tutela de um pode ensejar afetação da liberdade jurídico-fundamental do outro e numa relação entre particulares os direitos fundamentais produziram efeitos regularmente em benefício e prejuízo dos participantes o que

107 HESSE, K. *Idem*, p. 282.

108 HESSE, K. *Idem*, *ibidem*.

109 HESSE, K. *Idem*, p. 283.

110 HESSE, K. *Idem*, p. 283-284.

implicaria na restrição de autonomia do direito privado que dispõe de soluções precisas a respeito.¹¹¹

Os direitos fundamentais não podem vincular diretamente particulares como regra. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado refere-se primordialmente ao legislador que deve materializar os respectivos conteúdos, todavia, caso ausente a previsão legislativa cabe ao julgador este fim.¹¹² Ganham importância os direitos fundamentais na interpretação do caso concreto com a utilização de conceitos indeterminados ou cláusulas gerais.

Relevante é a questão referente à proteção de um patamar reduzido de liberdade individual e não a diminuição da liberdade a este mínimo, não podendo ser limitada pelos direitos fundamentais. Com efeito, os direitos fundamentais não se contrapõem às obrigações contraídas livremente.¹¹³

Os direitos fundamentais influenciam o ordenamento privado, de modo mais acentuado, na tutela do mínimo de liberdade pessoal em face do exercício do poder econômico ou social, como na hipótese de o boicote de uma editora considerando seu posicionamento político a uma revista, que transgride o art. 5 da LF afetando, logo, a formação da livre opinião em virtude de forças econômicas e não da palavra em si.¹¹⁴

Na França a influência ocorre por intermédio do Conselho Constitucional no controle preventivo de constitucionalidade das leis e os juízes franceses preferem recorrer, nos julgamentos, aos “princípios gerais de direito”, a “ordem pública” e aos “bons costumes”, sendo a eficácia horizontal pouco abordada pela doutrina. Destaca-se, porém, François Luchaire em defesa da eficácia mediata, malgrado não seja utilizada esta expressão, e Jean Rivera Louis Favoreau, a favor da eficácia imediata, considerando a inexistência de uma “dupla ética” bem como da igualdade material nas relações privadas.¹¹⁵

Parte dos opositores sustentam o esfacelamento do princípio da legalidade devido à influência de valores constitucionais gerando insegurança na aplicação do direito civil e comercial. Parte assevera, de outro lado, a

111 HESSE, K. *Idem*, p. 284-285.

112 HESSE, K. *Idem*, p. 285.

113 HESSE, K. *Idem*, p. 286.

114 HESSE, K. *Idem*, p. 286-287.

115 SARMENTO, D. *Op. cit.*, p. 217-219.

insuficiência da proteção aos direitos fundamentais relegada ao legislador privado. Finalmente, há quem aponte a sua desnecessidade considerando a consistência da formulação da interpretação conforme a constituição.¹¹⁶

4.3 Teoria da eficácia direta ou imediata

Assevera Hans Carl Nipperdey, precursor da teoria da eficácia direta e imediata, que malgrado alguns direitos fundamentais digam respeito somente ao Estado, outros são passíveis de invocação nas relações entre particulares a partir da Constituição, independentemente da interposição do legislador e são oponíveis “erga omnes”. Ele sustenta o seu posicionamento na ameaça aos direitos fundamentais por poderes sociais e terceiros, bem como na instituição do Estado Social.¹¹⁷

Walter Leisner fundamenta a vinculação direta na “unidade do ordenamento” e Reinhold Zippelius na possibilidade de tutela insuficiente realizada pelo legislador. O Tribunal Federal do Trabalho já adotou em alguns julgamentos na Alemanha, contudo, os adeptos não olvidam as características específicas na incidência bem como a inevitabilidade de sopesar os direitos fundamentais envolvidos com a autonomia privada, prestigiando, assim, a liberdade individual.¹¹⁸

A doutrina da eficácia imediata é dominante na Espanha. Para Bilbao Ubillos há direitos na Constituição da Espanha que pressupõe, por sua natureza, eficácia direta. Para Pedro de Vega Garcia constitui um instrumento de supressão das desigualdades sociais ponderando não existir liberdade efetiva em relações desequilibradas e, para Rafael Naranjo de la Cruz, a teoria da eficácia mediata está atrelada a um enfoque ultrapassado dos direitos fundamentais devendo considerar o Estado social e a ameaça dos poderes privados. Igualmente, a jurisprudência espanhola inclina-se no sentido da eficácia direta.¹¹⁹

116 SARMENTO, D. *Idem*, p. 219-220.

117 SARMENTO, D. *Idem*, p. 220.

118 SARMENTO, D. *Idem*, p. 220-221.

119 SARMENTO, D. *Idem*, p. 222-225.

No direito português existe previsão expressa,¹²⁰ contudo, parte da doutrina sustenta a eficácia mediata.¹²¹ Para Canotilho e Vital Moreira a Constituição é o “estatuto fundamental da ordem jurídica em geral”, “fonte directa de regulação das relações entre os próprios cidadãos”. No entanto, assevera Canotilho que o juiz deve aplicar, no julgamento, o direito privado numa interpretação conforme a Constituição e, na hipótese de lacuna, materializar os direitos fundamentais, mas não apenas por intermédio de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Ressalta que a desigualdade da relação, o “núcleo irredutível de autonomia pessoal” e a possibilidade de conduzir a eficácia a um direito a “não liberdade” devem ser considerados.¹²²

Para Ana Prata não há que se repelir a eficácia imediata com apoio na autonomia privada por conta da quadratura constitucional portuguesa. Para José João Nunes Abrantes a eficácia mediata não tutela adequadamente o núcleo essencial dos direitos fundamentais, todavia, não compara o tratamento às relações em que o Estado é parte e para Nunes Abrantes, sendo preciso sopesar os interesses envolvidos considerando a igualdade material sempre com observância do núcleo essencial dos direitos fundamentais.¹²³

Cristina Queiroz defende o efeito imediato mas destaca o núcleo intocável de autonomia privada e a ponderação de bens. Jorge Miranda sustenta, sem se posicionar expressamente, a ponderação entre os direitos fundamentais e autonomia individual bem como o respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, inclusive em “auto-restrições”. Para José Carlos Vieira Andrade é preciso conciliar justiça social e autonomia privada, com a adoção da eficácia imediata em relações desequilibradas, com recurso à ponderação onde prepondera, em princípio, a seu ver, a autonomia privada. O Tribunal Constitucional de Portugal ainda não se pronunciou a respeito.¹²⁴

A Constituição italiana não possui disposição semelhante à portuguesa, mas contempla o Estado Social, tendo a jurisprudência italiana

120 Dispõe o art. 18.1 da Constituição portuguesa: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”.

121 Nesse sentido: Francisco Lucas Pires e Carlos Alberto Mota Pinto.

122 SARMENTO, D. *Idem*, p. 226-228.

123 SARMENTO, D. *Idem*, p. 229.

124 SARMENTO, D. *Idem*, p. 229-232. Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira possui entendimento similar ao de José Carlos Vieira Andrade.

aderido à doutrina da eficácia imediata com julgados reconhecendo o caráter “erga omnes” de determinados preceitos. Segundo Vezio Crisafulli a doutrina burguesa não protege efetivamente a dignidade humana face à desigualdade e aos poderes sociais, sem olvidar a unitariedade do ordenamento. Para Alessandro Pace as Constituições atuais não se limitam às relações entre cidadão e Estado. Para Pietro Perlingeri a normatividade constitucional não se trata de mera regra hermenêutica e sim de norma de comportamento.¹²⁵

4.4 Teoria dos deveres de proteção

O relacionamento entre os direitos fundamentais e o direito privado pode ser mais bem compreendido tendo em vista três indagações: “quem é o *destinatário* dos direitos fundamentais – apenas o Estado ou também os sujeitos jusprivatistas?; “de quem é o comportamento “objeto do exame” realizado com base nos direitos fundamentais – o comportamento de um órgão público ou de um particular?”; “em que *função* se aplicam os direitos fundamentais – como proibições de intervenção e direitos de defesa contra o estado [*Abwehrrechte*] ou como mandamentos (deveres) de proteção”.¹²⁶

A indagação sobre os “destinatários dos direitos fundamentais” trata-se de matéria debatida por mais de década na Alemanha sob as expressões eficácia externa imediata (*unmittelbare*) e eficácia externa mediata (*mittelbare Drittwirkung*), de maneira que a eficácia imediata denota que os particulares, ao lado do Estado, também são destinatários dos direitos fundamentais, conduzindo para vedações de intervenção bem como direitos de defesa, sendo desnecessário o recurso as cláusulas gerais.¹²⁷

A doutrina da eficácia imediata pode levar à substituição do direito contratual e da responsabilidade extracontratual pelo direito constitucional, o que afronta a autonomia do direito privado bem como contraria o fato de que os direitos fundamentais, em sua origem se referem ao Estado sendo, por estas razões, minoritária na Alemanha. A Constituição pode, contudo, prever a aplicação imediata como o art. 9 inc. III alínea 2 LF, de onde se deduz a nulidade

125 SARMENTO, D. Idem, p. 232-235.

126 CANARIS, C. W. Op. cit., p. 234.

127 CANARIS, C. W. Idem, p. 234-235.

de pactos tendentes a reduzir a associação de empregados ou empregadores assim como o art. 36 da Constituição Italiana.¹²⁸

Com relação ao comportamento “objeto do exame,” realizado com base nos direitos fundamentais, Canaris após destacar a semelhança entre a Alemanha e a Itália assevera que:

Ao contrário do que ocorre com as leis, verifica-se que contratos, negócios jurídicos e outros atos de sujeitos jusprivatistas não constituem objeto de um exame direto com base nos direitos fundamentais, pois as pessoas que executam esses atos não são, como já foi exposto, destinatários dos direitos fundamentais. Não obstante, os direitos fundamentais também exercerem influência nestes casos.

No tocante à terceira pergunta “em que *função* se aplicam os direitos fundamentais – como proibições de intervenção e direitos de defesa contra o Estado (Abwehrrechte) ou como mandamentos (deveres) de proteção”, consoante a corrente dominante na Alemanha as proibições de intervenção e os direitos de defesa em relação ao Estado buscam obrigar o Estado em prol da tutela das pessoas, considerando o bem jurídico delas “Eingriffsverbote und Abwehrrechte” e a jurisprudência do Tribunal constitucional Federal, referendada pela doutrina.¹²⁹

A distinção entre “proibições de intervenção e direitos de defesa em relação ao Estado” e a expressão “mandamento para proteção” foi empregada nos debates sobre a legalização do aborto porque não se trata de ato de intervenção do Estado e sim ato de cidadãos, como a relação entre a genitora e o médico sobre o bem juridicamente tutelado. Daí a pertinência, nesta hipótese da expressão “mandamentos de tutela”, possuindo o Estado o dever de proteger um cidadão diante do outro.¹³⁰

O legislador violou, no caso Lüth, o direito fundamental não no sentido de vedação de intervenção e sim na função de mandamentos de tutela, tendo em vista a carência de proteção do direito da personalidade no âmbito do direito civil, no tocante à integração e ao suprimento de falhas do direito privado

128 CANARIS, C. W. Idem, p. 235. O art. 36 da Constituição italiana prescreve que “*il lavoratore há diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità del suo lavoro...*”. A Corte di Cassazione entende tratar-se de “*norma precettiva di immediata applicazione*”.

129 CANARIS, C. W. Idem, p. 237.

130 CANARIS, C. W. Idem, p. 237-238.

pela jurisprudência, sendo possível inferir-se a semelhança entre a doutrina alemã e a italiana.¹³¹

Na Alemanha, os direitos fundamentais afiguram-se o marco limite para jurisprudência na interpretação e aplicação das regras de direito privado, tendo o Tribunal Constitucional utilizado na solução do caso Lüth a criticável expressão “eficácia por irradiação”, quando melhor seria argumentar que a aplicação do parágrafo 828 pelo tribunal cível configurou “intervenção” no direito fundamental de liberdade de opinião, constituindo a decisão do Tribunal Constitucional proibição de intervenção e direitos de defesa contra o Estado, tratando-se, assim, de “eficácia normal”.¹³²

Igualmente, na hipótese dos fiadores, mencionada anteriormente, não procede o argumento da “eficácia por irradiação”, considerando que o parágrafo 138 do BGB prevê a nulidade de contratos que violam os bons costumes e tendo em vista a violação de um direito fundamental na perspectiva de mandamentos de tutela. Além disso, pode-se resolver a questão sem recorrer à Constituição, contudo, caso a decisão judicial não alcance o mínimo determinado pela Constituição, está-se diante de uma verdadeira infringência a um direito fundamental.¹³³

O mínimo determinado pela Constituição é acentuadamente “bastante baixo”. Conforme o Tribunal Constitucional Federal o legislador bem como a jurisprudência têm uma larga margem de conformação sob o enfoque da função dos direitos fundamentais como mandamentos de tutela, considerando tratar-se de uma questão de omissão.¹³⁴

131 CANARIS, C. W. Idem, p. 239-240.

132 CANARIS, C. W. Idem, p. 240-241.

133 CANARIS, C. W. Idem, p. 241-242.

134 CANARIS, C. W. Idem, p. 242.

CAPÍTULO 2: EMPRESA E CONSTITUIÇÃO

1 DESENVOLVIMENTO DO DIREITO EMPRESARIAL E O MERCADO

1.1 Evolução histórica do direito comercial

Considerando a história do direito, o direito privado biparte-se em dois sistemas que regulamentam ora certa matéria com exclusividade, ora disciplinam a mesma matéria, confrontando-se o sistema “tradicional” e o sistema da “equidade”, inicialmente restrito passando em seguida a ser geral e comum. Com efeito, a todo tempo é possível identificar normas de comércio, como no direito romano por exemplo, mas a contraposição entre direito civil romano-canônico e direito comercial (resultado da evolução dos costumes no ambiente corporativo) teve início na Idade Média nas comunas italianas.¹³⁵

Engendrado pelos comerciantes autonomamente, combinado com a pormenorizada regulamentação corporativa, destaca-se o caráter subjetivo do direito comercial, que somados ao desenvolvimento dos costumes, formam o “corpus juris” material e internacionalmente análogo a partir do direito italiano, sendo competente a jurisdição consular quando apenas uma das partes fosse comerciante, considerando o critério subjetivo.¹³⁶

O primeiro período do direito comercial vai do início do século XII até a segunda metade do século XVI. O direito mercantil constitui-se, neste período, de normas sobre o mercado e o câmbio que a despeito do critério subjetivo adotado possuem valor próprio. Surgiram, neste interstício, regras sobre a conclusão de contratos, representação, auxiliares do comerciante, pagamentos, destacando-se a letra de câmbio, venda, comissão, livros comerciais, falência etc.

O segundo período teve início no final do século XVI, no qual a autonomia das corporações não mais constitui fonte do direito comercial, que passa a ser direito comum. O desenvolvimento consuetudinário foi substituído por regramentos oriundos da autoridade governante incomodada com as diversas

135 ASCARELLI, Tulio. *O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado*, p. 237-238.

136 ASCARELLI, Tulio. *Idem*, p. 238.

ordens profissionais, buscando a formação de um mercado nacional, deslocando-se, em seguida, o centro de gravidade do direito comercial da Itália para Países Baixos, França e Inglaterra.¹³⁷

A justiça própria e o critério identificador do comerciante constituem elementos especializados para aplicação do direito comercial, parte do “direito geral”, regulamentado na França nas Ordenações de Luís XIV, mais “intensa” e sistemática em comparação ao direito civil. Neste período ocorreu a evolução da letra de câmbio como instrumento do crédito e o desenvolvimento das sociedades anônimas, que conjugam a um só tempo o direito privado e o direito público.¹³⁸

O terceiro período do direito comercial é marcado pelo Código de Napoleão que prevê um sistema objetivo, independente dos sujeitos, expandindo a sua aplicação alcançando atos de comércio não habituais e o negócio unilateralmente comercial e, por conseguinte, o ato do consumidor. O sistema objetivo foi intensificado no Código italiano de 1882, inclinando-se, com o fim do século XIX, a reger o ato econômico fora do âmbito da agricultura, entendida apenas como usufruto e administração de bens.¹³⁹

No final do século XVIII, a crise do sistema em vigor pôs termo a um regramento corporativo e de privilégios. Na França, com as leis de 1776 e 1791, por intermédio do princípio da livre iniciativa, que associado ao princípio da livre concorrência, assegura o bem estar coletivo e os direitos dos consumidores. A concorrência compreendida, por sua vez, como “estímulo e juízo suscetível de trazer, através do progresso técnico, diminuição de custos e aumento dos salários com um progresso geral”.¹⁴⁰

A livre concorrência constitui traço característico de período posterior do direito comercial, resultado da liberdade de iniciativa e acesso ao mercado que teve momento ímpar na segunda metade do século XIX, com a liberdade de constituição de sociedades anônimas, sendo reconhecida na

137 ASCARELLI, T. *Idem*, p. 239.

138 ASCARELLI, T. *Idem*, p. 240.

139 ASCARELLI, T. *Idem*, p. 241-242.

140 ASCARELLI, T. *Idem*, p. 243-244.

Alemanha em 1869, com o controle de ganhos não mais através de privilégios que não mais subsistem, mas sim pela propriedade e pelo contrato.¹⁴¹

O objeto da criação intelectual independe de privilégios outorgados pela Administração Pública porquanto com base no direito de propriedade, há exclusividade que serve de ânimo para realizações técnicas e culturais bem como atende ao interesse público na possibilidade desfrute geral, de maneira que a exclusividade do direito do autor e do inventor estão associadas ao regramento da concorrência.¹⁴²

2.1 Princípios gerais da ordem econômica

O art. 170 da Constituição brasileira de 1988 está inserido no Título VII denominado “Da Ordem Econômica e Financeira”, no Capítulo “Princípios Gerais da Atividade Econômica” dispondo que:

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

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

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

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

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

No “caput” do art. 170 da Constituição estão contemplados os princípios concernentes à ordem econômica e financeira, todavia, um sem número de princípios têm implicação no campo econômico, o princípio do Estado de Direito (segurança e previsibilidade) e o princípio do Estado federal (“a unidade econômica de todo o território nacional”). Além disso, existem princípios

141 ASCARELLI, T. Idem, p. 244.

142 ASCARELLI, T. Idem, p. 245-246.

estritamente voltados para a economia como parte dos previstos no artigos 1.º e 3.º da Constituição.¹⁴³

Reproduza-se o art. 1º da Constituição:

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:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Dispõe o art. 3º da Constituição:

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.

Parte dos princípios previstos no art. 170 da Constituição não possuem caráter exclusivamente econômico e a primeira parte deste artigo traz “a disposição nuclear da ordem econômica brasileira” que contempla, apesar do enfoque capitalista, os valores sociais do trabalho no sentido de informar a regulação do Estado na economia.¹⁴⁴

Consoante Celso Ribeiro Bastos, do “caput” do art. 170 da Constituição dimanam quatro princípios.¹⁴⁵ Para Washington Peluso Albino a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa constituem fundamentos e a existência digna conforme os ditames da justiça social objetivos.¹⁴⁶ A Constituição apresenta nos incisos do art. 170 nove princípios, malgrado a redução das

143 TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*, p. 131-132.

144 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*, p. 766.

145 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 12.

146 SOUZA, Washington Peluso Albino de Souza. *A experiência brasileira de constituição econômica*, p. 29.

desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego se assemelhem mais a objetivos.¹⁴⁷

Não existe consenso com relação ao sentido e alcance das expressões “existência digna” e “justiça social”, sendo comum a referência a possível natureza de norma programática.¹⁴⁸ Para José Afonso da Silva podem ser consideradas incompatíveis com o sistema capitalista face a não repartição das riquezas.¹⁴⁹

A justiça social está prevista nos artigos 3º inc. I, 170 e 193 da Constituição e está relacionada à idéia de solidariedade, da predominância do coletivo sobre o individual.¹⁵⁰ Para Sampaio Dória, a expressão justiça social se afigura redundante porquanto toda a justiça é social mas para José Afonso da Silva e Oscar Dias Corrêa a expressão significa distribuir riquezas.¹⁵¹

A existência digna está prevista nos artigos 1.º inc. III e 170, da Constituição. Para Pérez Luño não corresponde meramente a um não fazer e sim a um fazer em prol da pessoa.¹⁵² No campo econômico significa assegurar a subsistência e o direito a velhice e, embora não possua caráter absoluto, constitui valor-fonte da ordem jurídica e social.¹⁵³ O desenvolvimento nacional está relacionado a melhoria da qualidade de vida e não pode ser confundido com o crescimento.¹⁵⁴

1.3 Livre iniciativa

O Direito Comercial, atualmente denominado “Direito Empresarial”, e o Direito do Consumidor representam duas faces da mesma moeda, ou mesmo disciplina jurídica própria, qual seja, o Direito do Mercado.¹⁵⁵

147 TAVARES, A. R. Op. cit., 134-135.

148 TAVARES, A. R. Idem, p. 135-136.

149 SILVA, J. A. da. Op. cit., p. 762.

150 TAVARES, A. R. Op. cit., 137-138.

151 *Direito constitucional*, p. 206.

152 PÉREZ LUÑO, A. H. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, p. 318.

153 TAVARES, A. R. Op. cit., 139.

154 A diferenciação pode ser resumida em termos qualitativos, desenvolvimento, ou quantitativos, crescimento. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*, p. 197.

155 Informação verbal do Prof. Dr. Alcides Tomasetti Junior, na Banca de Qualificação desta pesquisa, realizada em 27 de outubro de 2006, nas Faculdades Integradas Curitiba.

No tocante a livre iniciativa, deve-se solucionar os seguintes questionamentos: a) O que significa livre iniciativa? A livre iniciativa diz respeito a qualquer iniciativa ou apenas se refere à livre iniciativa econômica (acesso livre, interação e saída do mercado)?¹⁵⁶ O empresário é agente da livre iniciativa e desde o ano de 1940 discute-se na Itália a natureza jurídica da livre iniciativa como liberdade ou direito subjetivo, tratando-se de uma questão clássica.¹⁵⁷

Os artigos 1º inc. IV e o 170 da Constituição contemplam o princípio da livre iniciativa, fundamento da República e da ordem econômica, que não se restringe à “liberdade econômica” ou de liberdade de “iniciativa econômica”, cujo titular é o empresário (pura sustentação capitalista) constituindo corolário da liberdade entendida como sensibilidade e acessibilidade, seja como limitação ao poder estatal ou mesmo reclamos por condições mais favoráveis de vida.¹⁵⁸

O princípio de liberdade de iniciativa, contemplado no édito de Turgot de 1776, posteriormente no decreto d'Allarde de 1791, e reafirmado na Lei Le Chapelier 1791 submeteu qualquer pessoa na realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício, ao pagamento de tributos e ao poder de polícia, donde, conclui-se o caráter relativo do princípio, denotando, no início, garantia de legalidade.¹⁵⁹

Diferentes significados exurgem do princípio a liberdade de iniciativa em seu duplo enfoque. Como liberdade de comércio e indústria, liberdade pública consistente em “criar e explorar uma atividade econômica a título privado” bem como submissão ao arbítrio do Estado e liberdade de concorrência, “liberdade privada”, no sentido de captar clientes, proteção da concorrência ou “liberdade pública” quanto a inércia Estatal em condições de igualdade.¹⁶⁰

A afirmação de que liberdade de iniciativa constitui direito fundamental somente é possível na medida em que denota um direito constitucionalmente assegurado. A constituição não lhe imprime, contudo, esta natureza e o direito de liberdade afigura-se absoluto nos termos do ordenamento

156 Idem.

157 Idem.

158 GRAU, E. R. Op. cit., p. 181-183.

159 GRAU, E. R. Idem, p. 183-184.

160 GRAU, E. R. Idem, p. 184-185.

jurídico positivo.¹⁶¹ Para Themístocles Brandão Cavalcanti a justiça social representa um limite à livre iniciativa.¹⁶²

A livre iniciativa é liberdade cujos titulares são a empresário e o trabalhador, conforme o artigos 1º inciso IV e 170 “caput” da Constituição, de maneira que a atividade econômica em sentido amplo está calcada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa que no sentido de liberdade de iniciativa econômica, não está relacionada a propriedade.¹⁶³

1.4 Direito concorrencial

A livre concorrência é um princípio constitucional impositivo e somente a primeira vista afigura-se incompatível com o poder econômico “institucionalizado” no art. 173 parágrafo 4º. Constitui hodiernamente um “processo comportamental competitivo”, sendo modo de proteção do consumidor.¹⁶⁴

É escasso o tratamento sistemático das condutas anticoncorrenciais, malgrado o advento da Lei n.º 8.884/94. O sistema de proteção concorrencial é formado pelo controle das estruturas e pelo controle dos comportamentos. Não é viável avaliar qual deles mais interessa, contudo, despontam duas inclinações enfatizando o controle dos comportamentos.¹⁶⁵

A primeira se infere da existência de novas estruturas empresarias que mantêm, sob o influxo do processo de terceirização, uma estrutura de controle exterior contratual no lugar de participação no capital social o que, por sua vez, afasta a incidência do art. 54. Conseqüentemente, somente se afigura possível o controle dos comportamentos.

Dispõe o art. 54 da Lei n. 8.884/94:

Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

§ 1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

161 GRAU, E. R. *Idem*, p. 185-186.

162 *A Constituição Federal comentada*, p. 279.

163 GRAU, E. R. *Op. cit.*, p. 186-187.

164 GRAU, E. R. *Idem*, p. 188-190.

165 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*, p. 17-18.

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade;
 - b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou
 - c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;
- II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;
- III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;
- IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados...

A segunda parte do relacionamento existente entre o controle das estruturas e o controle dos comportamentos verificável na questão dos cartéis.¹⁶⁶

Capitaneada por Aaron Director, a “Escola de Chicago” (que relacionou a *price theory* com o direito concorrencial) concedeu especial destaque à eficiência produtiva, isto é, a produção a baixo custo com vistas ao alcance de posições dominantes. Encabeçada por C. Keysen e D. Turner a “Escola de Harvard” baseou-se na análise da estrutura dos mercados isolados, no tocante à aplicabilidade do direito concorrencial.¹⁶⁷

O confronto entre as duas escolas não mais ressoa porque o centro de gravidade foi deslocado para o “comportamento de empresas individuais, de setores ou subsetores industriais isolados”, tendo em vista o avanço dos métodos “econométricos” e “analíticos”, o que, juridicamente, transmuda o controle das estruturas para o controle dos comportamentos”.¹⁶⁸

O enfoque “pós-Chicago” sobre o sistema antitruste é composto pela teoria dos mercados contestáveis, teoria dos jogos e teoria dos custos de transação.

Conforme a teoria dos mercados contestáveis, o mercado se afigura “contestável” porque qualquer empresa pode entrar e contestar a hegemonia de outra, cabendo as autoridades o dever de supressão das barreiras de entrada e saída.

A teoria dos jogos dá azo ao exame de dois elementos fundamentais com relação as condutas: o resultado e a motivação.¹⁶⁹

166 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 19-20.

167 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 21-22.

168 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 22-23.

169 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 23-25.

No tocante ao resultado, revelou e sistematizou os requisitos para a formação do comportamento “paralelo oligopolistas” (colusivo) e com relação a motivação, o enfoque matemático-econômico preponderou sobre o ético-valorativo permitindo dois desenvolvimentos: (1) o primeiro concretizado na afirmação de que qualquer comportamento humano é realizado por razões de cunho individual e (2) o segundo, incompatível com a razão matemática, consistente na motivação coletiva das ações humanas. Deveras, o conhecimento amealhado individualmente propulsiona uma estratégia coletiva.¹⁷⁰

Segundo a teoria dos custos de transação, os “custos de transação” são os indispensáveis para a realização de uma negócio no mercado. Assim, “consistem basicamente na incerteza que caracteriza as relações de mercado [...] e no fato de que as transações são realizadas freqüentemente com pequena possibilidade de escolha, sendo limitado o número de compradores”.¹⁷¹

No entanto, perturbadora é a convergência entre as incertezas das relações (preços) e a racionalidade limitada bem como a concorrência entre a pouca escolha e a conduta oportunística. Com efeito, a racionalidade limitada se revela na incapacidade do homem frente aos problemas transacionais, o que intensifica as incertezas das relações, consistindo o oportunismo na busca de benefícios em detrimento dos demais agentes econômicos.¹⁷²

A tentativa de supressão das incertezas condiciona o empreendedor a organizar as atividades internamente na empresa (concentração vertical), o que inclusive as torna imunes à regulamentação estatal dos preços (máscara). A teoria dos custos de transação é mais complacente com as estruturas verticais porque diminuem os custos transacionais (maior eficiência), mas favorece a instalação de cartéis (defecção - lucros em curto prazo), competindo às autoridades impedir a colusão.¹⁷³

A teoria dos comportamentos estratégicos é a que possui maior incidência no campo das condutas e pretende responder qual é o papel do Direito diante das negociações entre particulares. Despontam duas posições a respeito: (1) a primeira defende que a questão será solucionada pelas próprias partes

170 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 26-27.

171 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 28-29.

172 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 29-30.

173 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 31-32.

envolvidas, com a alocação dos custos das transações “para a parte nelas mais interessada” (Coase) e (2) a segunda sustenta que uma parte sempre buscará proveito em detrimento da outra cabendo ao Direito evitar o prejuízo para ambas (Hobbes).¹⁷⁴

A teoria dos comportamentos estratégicos possui pouca aplicação no direito concorrencial, concentrando-se mais precisamente na questão dos preços predatórios. Ela considera que o agente econômico não age impulsionado por uma racionalidade individual, mas pela busca do lucro nas transações inclusive com a superação da outra parte, cabendo ao Direito a estimular o comportamento cooperativo.¹⁷⁵

Para os neoclássicos a cobrança de preços predatórios não se afigura viável porque a tentativa de recuperar o investimento seria impedida pela entrada de novos concorrentes. Para a nova teoria econômica, entretanto, a prática de preços predatórios por si mesma inibe a entrada de novos concorrentes no mercado (confronto direto com a *crazy firm*, ex. American Tabacco) ou favorece a colusão.¹⁷⁶

A mais progressista teoria “pós-Chicago” que analisa o direito antitruste, a teoria da racionalidade sustenta que a incerteza e informações imperfeitas constituem barreiras ao raciocínio, não existindo espaço para maximização da utilidade. Para a teoria neoclássica, por seu turno, o Direito é estudado a partir de concepções econômicas, devendo materializar objetivos econômicos.¹⁷⁷

Na economia do bem-estar de Jeremy Bentham há identidade entre o bem-estar social e a utilidade total da coletividade, derivada da soma das utilidades individuais. Ela passou, em 1930, todavia, a ser alvo de críticas tendo em vista a impossibilidade de cotejo entre utilidades individuais e a partir da década de 40 a comparação de Pareto (utilidade global) perdeu destaque.

Posteriormente, em 1951, surge a chamada “teoria da escolha social” (K. Arrow), segunda a qual a preferência social é aferida pelo grupo de preferências individuais. Restou evidenciado, contudo, o “teorema da

174 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 33,

175 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 34,

176 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 34-35.

177 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 35-37.

impossibilidade”, segundo o qual não há como derivar uma escolha social de uma escolha individual (função de bem-estar social).¹⁷⁸

Qualquer sociedade que se adapte ao ótimo de Pareto pretende a maximização da riqueza total sem preocupação com a distribuição desta riqueza. As pessoas componentes dessa sociedade serão consideradas racionais quando: (1) existir proporcionalidade entre meio e fim; (2) visarem o interesse próprio e; (3) considerarem as variáveis microeconômicas.

No entanto, não se pode olvidar que o primeiro critério é procedimental, sendo impossível inferir dele qualquer direção para a conduta social. O segundo critério pode ser influenciado pela moral em detrimento do interesse próprio. O terceiro é impossível na prática.¹⁷⁹

Segundo a teoria de Sem (indiano) a consideração da ética é imprescindível para o exame da conduta racional, tendo em vista que esta no sentido paretiano pode não maximizar o benefício global e o acréscimo de um elemento de cooperação “seria mais benéfico para o indivíduo e para a sociedade”.¹⁸⁰

O caráter valorativo (revitalizador do sistema) acarreta mudanças sociais e é inseparável do conhecimento jurídico. Com efeito, “o Direito não pode ser resumido nem à positivação de regras e objetivos econômicos [teoria neoclássica] e tampouco à política pura e simples ou ao estudo das instituições políticas [e] a mudança político-institucional só é possível através de uma profunda discussão política dos valores protegidos pelas normas”.¹⁸¹

O conceito institucional de concorrência é procedimental (*due process clause*) e “incorpora valores historicamente conhecidos na ordem econômica brasileira”, de maneira que enseja lealdade entre os concorrentes e à própria existência da concorrência (não substituição pelo poder), bem como relações econômicas mais justas equilibradas.

A garantia de efetiva concorrência (não do mercado) constitui o valor central do direito concorrencial e tal teoria assim delineada (um produto tem utilidade porque é adquirido) se contrapõe à neoclássica (um produto é adquirido

178 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 38-39.

179 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 39-40.

180 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 40-41.

181 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 42-47.

porque tem utilidade), tendo em vista que a concorrência incrementa a possibilidade de escolha e as informações com relação ao produto.¹⁸²

Os concorrentes e os consumidores são indiretamente tutelados pelo direito concorrencial, ao contrário do enfoque privatista anterior que “via na proteção ao concorrente a forma de tutelar a concorrência”. A Lei n. 4.132/62 positivou “a idéia de proteção da existência da concorrência” realizada mediante a paralisação de condutas tendentes à dominação do mercado e “a substituição do requisito do prejuízo efetivo pelo efeito potencial”, bem como alterou a tutela ressarcitória privatista pela tutela preventiva.¹⁸³

É imperioso que a concorrência se desenvolva com lealdade, com a observância de regras básicas de comportamento. É preciso para a garantia da existência da concorrência (e não do poder econômico não dimanado da eficiência econômica) o equilíbrio das relações econômicas. Podem ser identificadas duas formas de atuação estratégica na busca de posição dominante: (1) cláusulas de exclusividade e (2) os preços predatórios. Deve ser encontrado o ponto de equilíbrio entre a lealdade e a liberdade de concorrência.¹⁸⁴

Para o alcance do indispensável equilíbrio, urge considerar os múltiplos interesses relacionados ao direito concorrencial, como a liberdade de escolha do consumidor (livre de limites ou falsidades). Ademais, o controle dos comportamentos das empresas com grande poder econômico não pode ser relegado ao mercado, sendo preciso um dirigismo (intervenção).¹⁸⁵

A distinção entre “estrutura” e “conduta” constitui objeto da nova economia institucional, de maneira que “o controle das estruturas, na medida em que garante a concorrência [...] expande o acesso à informação e reduz a limitação da racionalidade dos agentes [e] o controle das condutas, na medida em que sanciona os comportamentos estratégicos reduz o oportunismo”.¹⁸⁶

A teoria jurídica assevera a “diferenciação entre acordos de cooperação, sujeitos a controle prévio (estrutural), e condutas anticoncorrenciais”, logo, nas transações do tipo “barganha”, acredita-se que não podem ser

182 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 48-50.

183 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 51-54.

184 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 55-56.

185 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 57-58.

186 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 58.

adequadamente resolvidas pelos particulares, contrariando o “teorema de Coase”.¹⁸⁷

O direito antitruste deixou de ser passivo (década de 70) e passou a ser mais ativo, intervencionista (década de 80). São tutelados por ele os consumidores, os participantes do mercado e o interesse institucional da ordem concorrencial.¹⁸⁸

É preciso compreender como a ordem concorrencial (instituição jurídica) pode ser tutelada pelo direito antitruste. Na Alemanha houve ampliação das garantias institucionais, anteriormente restritas ao direito constitucional, para o direito ambiental e concorrencial. As normas de proteção “Schutzgesetze” exigem somente a antijuridicidade (sem nexos causal e culpa) para gerar a obrigação de indenizar porque o não cumprimento das normas de proteção afeta a todos e cada um individualmente e daí advém a denominação “garantias institucionais”, porquanto tutelam o interesse coletivo e particular.¹⁸⁹

Todos os direitos constantes da lei concorrencial (atos tendentes à dominação do mercado, concorrência desleal e abuso da posição dominante) são interesses institucionais e o interesse institucional consistente na manutenção da concorrência é ameaçado pelos cartéis. O sistema sancionatório deve dispor de meios aptos para a preservação do sistema concorrencial como a inibição de novas violações, mediante a cessação da prática (artigos. 46 e 52 da Lei n. 8.884/94).¹⁹⁰

O direito da concorrência está baseado na proteção do consumidor e para os ordoliberais, bem como para parte dos defensores das teorias “pós-Chicago”, o bem-estar do consumidor se identifica com a liberdade de escolha. Para os neoclássicos, o bem-estar do consumidor possui o sentido de eficiência econômica. Algumas vezes, contudo, somente por intermédio da garantia da instituição concorrência há proteção do consumidor, como ocorre, por exemplo, com a proibição dos atos tendentes à dominação do mercado.¹⁹¹

O consumidor não se afigura “destinatário direto das normas concorrenciais, mas é sempre sua justificação última [e] o interesse institucional

187 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 59.

188 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 61.

189 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 62-63.

190 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 75-79.

191 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 81-82.

da concorrência é sempre protegido nas vias administrativas” bem como por intermédio da ação civil pública. De outro lado, “o interesse direto e individual do consumidor tem outra forma de proteção.”¹⁹²

As relações existentes entre produtor e consumidor são afetadas pelo direito da concorrência, mas o direito do consumidor pode interferir nas relações concorrenciais por intermédio da publicidade. Com efeito, “a publicidade é o meio mais fácil e economicamente mais ‘barato’ de transmissão de informações e de comparação de produtos para os consumidores [mas] a concorrência pode ser alterada e até falseada pela publicidade enganosa”.¹⁹³

A publicidade não é puramente informativa e sim sugestiva. A liberdade publicitária intensifica a competição e exige uma regulamentação no sentido de fazer conter na publicidade, equilibrada carga de informação e de sugestão. Com relação a publicidade de comparação de preços da mesma empresa exigiu-se para evitar a falsa idéia de diminuição de preços, vendas substanciais mas, posteriormente, a jurisprudência admitiu simplesmente ofertas substanciais.¹⁹⁴

O art. 37 do CDC veda a publicidade enganosa e abusiva que, implicitamente, alcança a mencionada mudança de preços.¹⁹⁵ Já o art. 36 do CDC impõe que qualquer publicidade sugestiva assim se identifique, o que não ocorre na prática com a chama “propaganda subliminar”.¹⁹⁶

Na hipótese do art. 36, deve ser considerado o consumidor no caso concreto. Na publicidade maciça existe sugestão, mas a questão está mais afeta

192 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 84.

193 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 85.

194 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 86-87.

195 Prescreve o art. 37 do CDC: “É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. § 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço. § 4º (Vetado).”.

196 Dispõe o art. 36 do CDC: “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.”.

a quantidade de informação do que a qualidade, o que faz incidir o art. 21 inc. VIII da lei concorrencial.¹⁹⁷

Com relação à coerção do consumidor, consistente no manejo da oferta, o inc. I do art. 39 do CDC veda a “tying arrangement” (venda casada) e o inc. II impede a formação de estoques. No entanto, tais previsões são impertinentes porque na hipótese do inc. I é preciso existir efetiva coerção do consumidor (poder de mercado) e no inc. II (inexistência de justificativa) que a negativa potencialmente seja apta a aumentar os preços adequadamente previstos no art. 21 incisos XII e XXIII da lei concorrencial.¹⁹⁸

Um dispositivo interessante que poderia ser mais bem explorado é o art. 29 do CDC.¹⁹⁹ Confira-se:

Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

A partir da análise da norma mencionada é possível inferir que se equiparam aos consumidores os próprios concorrentes, isto é, um fornecedor empresário em face de outro fornecedor empresário, porque o único requisito previsto é a exposição “às práticas nele previstas”. O assunto reclama uma análise pormenorizada sobre a incidência ou não do CDC em situações de igualdade bem como sobre a possibilidade da pessoa jurídica ser consumidora.

O concorrente também é tutelado de maneira reflexa pela proteção da ordem concorrencial. As pequenas e médias empresas não podem receber

197 SALOMÃO FILHO, C. Idem, p. 87-90. Reproduza-se o inc. VIII do art. 21 da Lei n. 8.884/94: “As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica; [...] VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;”.

198 SALOMÃO FILHO, C. Idem, p. 90-92. Consoante o art. 39 do CDC: “É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994) I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos; II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes...”. Dispõe o art. 21 da Lei n. 8.884/94: “As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica; [...] XII - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; [...] XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;”.

199 Informação verbal do Prof. Dr. Alcides Tomasetti Junior, na Banca de Qualificação desta pesquisa, realizada em 27 de outubro de 2006, nas Faculdades Integradas Curitiba.

tratamento privilegiado porque não se afigura admissível o acréscimo de vantagens àquelas já naturalmente incorporadas. Assim, estão subordinadas às penalidades considerando eventual concorrência desleal praticada. O direito concorrencial não é sede para proteção de direitos exclusivamente individuais das empresas, que encontrem justificativa, em última análise, na proteção institucional da ordem econômica.²⁰⁰

No tocante a estrutura do ilícito, deve ser enfrentada a questão associada aos efeitos, bem como ao elemento intencional, porque a opção exclusiva dos efeitos acarreta uma visão voltada para a maximização da eficiência (valorar os atos pelos resultados) e conceder importância às intenções valoriza as condutas. Infere-se da Constituição a ilicitude dos atos visando a dominação de mercado, a restrição da concorrência e o aumento arbitrário do lucro (efeitos) e a Lei n.º 8.884/94 conjuga os efeitos potenciais à intenção e, daí, a sua constitucionalidade.²⁰¹

Os artigos 20 (cláusulas gerais) e 21 (exemplos) da Lei n.º 8.884/94 cuidam do controle dos comportamentos. O aumento arbitrário do lucro constitui espécie do gênero posição dominante e somente pode ser considerado ilícito numa situação de monopólio ou oligopólio.²⁰²

Reproduza-se o art. 20 da Lei n. 8.884/94:

Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

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

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

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

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.95).

200 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 92-83.

201 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 94-98.

202 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 99-104.

Dispõe o art. 21 da Lei n. 8.884/94:

As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

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

III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;

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

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

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

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

VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;

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

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

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

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

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

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

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

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

XVII - abandonar, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações, sem justa causa comprovada;

XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;

XIX - importar quaisquer bens abaixo do custo no país exportador, que não seja signatário dos códigos Antidumping e de subsídios do Gatt;

XX - interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa comprovada;

XXI - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa

causa comprovada;

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

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

XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.

Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á:

I - o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade;

II - o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais;

III - o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis;

IV - a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos.

A finalidade da Lei n. 8.884 de 1994 é prevenir e reprimir os ilícitos contrários à ordem econômica, permitindo a manutenção do mercado, indispensável ao modo capitalista de produção. Ela não se revela uma simples lei antitruste porquanto é orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico (art. 1º da Lei n. 8.884/94).²⁰³

A coletividade é titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei (parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.884/94) e tal como a afirmação de que a sociedade é titular da liberdade de comunicação e imunidade de censura, o mesmo poder-se-ia dizer sobre a livre concorrência, não fosse: (1) a “ideologia constitucionalmente adotada”; (2) os motivos de “individualismo metodológico” e; (3) a estreita relação entre este princípio e a ideologia liberal.²⁰⁴

2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

O direito privado sofrerá influência por conta do programa da União Européia tendente a harmonizar, bem como até certo ponto, unificar ordenamentos jurídicos dos Estados-parte. A harmonização relaciona-se aos

203 GRAU, E. R. Op. cit., p. 190-193.

204 GRAU, E. R. Idem, p. 194-195.

“modos de pensar” e à dogmática jurídica para se evitar uma celeuma conceitual e dissonâncias finalísticas.²⁰⁵

No tocante à influência dos direitos fundamentais no direito privado, calha a perspectiva do “*modo* pelo qual essa influência deve ser pensada em termos jurídicos e não por determinados *conteúdos*” inspirados por direitos fundamentais. Na Alemanha e em outros países verifica-se a influência da Constituição sobre o direito privado. Na Inglaterra, igualmente, com a “constitutionalization of private law”, segundo Basil Markesinis, ou na Itália com uma “costituzionalizzazione anche del diritto privato”, consoante Alberto Trabucchi.²⁰⁶

Nos ordenamentos jurídicos atuais têm-se relacionado direitos fundamentais e direito privado. A Constituição não é, todavia, sede apropriada para a regulamentação de relações individuais entre pessoas, donde se verifica o embate entre a maior hierarquia dos direitos fundamentais e a autonomia do direito privado. Tal relação possui acentuada importância na Alemanha considerando o recurso constitucional “Verfassungsbeschwerde”, dirigido ao Tribunal Constitucional Federal tendo em vista violações dos direitos fundamentais pelo poder público, inclusive tribunais.²⁰⁷

Para parte da doutrina, o distanciamento existente entre o mundo jurídico e a realidade culminou com o esfacelamento de conceitos e construções aparentemente inabaláveis, comprometendo o intento dos juristas dos séculos anteriores. A partir daí, preconizam a releitura do direito privado sob a influência da Constituição da República.

Nesse sentido, os princípios contemplados na Constituição aumentam de relevância, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana, apto a priorizar os interesses de natureza não-patrimonial. Com apoio nos “três pilares” (família, propriedade e contrato) na expressão de Jean Carbonnier, o Código Civil de 1916 deparou-se, logo no início de sua vigência, com a ascendência do Estado Social devidamente representado pela

205 CANARIS, C. W. Op. cit., p. 224.

206 CANARIS, C. W. Idem, p. 225.

207 CANARIS, C. W. Idem, p. 225-227.

Constituição de Weimar.²⁰⁸

A interferência do Estado influenciou consideravelmente o Direito Civil.²⁰⁹ O sistema fechado ensejou a respectiva fragmentação, bem como o aparecimento dos denominados microsistemas jurídicos.²¹⁰

Eroulths Cortiano Junior²¹¹ assevera que:

o Código, além de representar um modo de dispor os conceitos do direito, também é eco de uma opção política: conciliou a noção emergente de Estado com as idéias de unificação do direito e monismo de fontes, e serviu, nesta centralização da produção jurídica, para garantir a juridicização de uma determinada ideologia.

Desde a promulgação da Constituição da República de 1988, com maior força os diferentes segmentos do direito privado estão sendo influenciados por normas de alta carga valorativa, aptas a induzir uma determinada interpretação.

A Constituição da República fez expressa referência aos institutos do Direito Civil, o que demonstra a “repersonalização” ou mesmo a “transpersonalização” do Direito. Com isso, exsurge a necessidade de priorizar os direitos de natureza não-patrimonial.²¹²

O vocábulo “despatrimonialização” representa uma perspectiva normativa cultural, ou seja, demonstra que no ordenamento operou-se uma opção que lentamente se concretiza, entre o personalismo, superação do individualismo e o patrimonialismo, superação patrimonialidade.²¹³

No Brasil, contudo, em razão da ausência de expressivos períodos democráticos e de estabilidade política, houve a lamentável inobservância do Direito Constitucional e a conseqüente aplicação pura e simples do direito

208 Luiz Edson Fachin utiliza as expressões “projeto parental”, “regime das titularidades” e “trânsito jurídico” respectivamente.

209 FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*, p. 29,

210 FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, p. 110-111. Consoante Eugênio Facchini Neto “a matéria privada que antes estava concentrada nos códigos civis e comerciais, passou a ser tratada em leis especiais, naquele fenômeno que foi chamado de a *era dos estatutos*.”. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*, p. 29-30.

211 *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*, p. 68.

212 Defensor da repersonalização e despatrimonialização do Direito Civil, Pietro Perlingieri posiciona-se contrário a concepção de Direito bipartida em direito público e direito privado. *Introdução ao Direito Civil Constitucional*, passim.

213 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*, p. 33.

infraconstitucional. Logo, Código Civil era mais aplicado que a Constituição retratando uma “subversão hermenêutica”.²¹⁴

O Código Civil de 2002 traz o que se denomina “cláusulas abertas”, conceitos jurídicos indeterminados, aptos a permitirem a aplicação de princípios, máximas de conduta e conteúdos originariamente metajurídicos.

O Código Civil deixou de ser o centro de gravidade das relações de natureza privada. Compete ao intérprete considerar os princípios constitucionais, mormente o da dignidade da pessoa humana, sem olvidar os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a defesa do consumidor, a função social da propriedade e a paternidade responsável.

Para parte da doutrina, a constitucionalização do direito privado acarreta a “funcionalização dos institutos jurídicos”:

A função social da empresa ora é deriva da solidariedade social, ora da denominada funcionalização dos institutos jurídicos do liberalismo (propriedade privada, família e contrato). [...] E agora que o Direito Civil, por meio do novo Código Civil, efetivamente se abre ao Direito Comercial, indispensável se apontar a funcionalização da empresa, sempre em chave social. A empresa, assim como o contrato e a propriedade, sempre teve suas respectivas funções econômicas em superadas épocas de Estado Liberal. Agora, a tendência constitucional é outra, é pela função social dos institutos jurídicos, do que não escapa a empresa como operadora de um mercado também – socialmente funcionalizado.²¹⁵

3 EMPRESA: ESTRUTURA E FINALIDADE

A definição de “empresa econômica” revela-se indispensável para o conceito jurídico, porque o Direito se afigura o retrato da vida em sociedade.²¹⁶ A “divisão do trabalho e organização econômica” sempre foi uma realidade e seu modo se revela no núcleo familiar consubstanciado numa economia de consumo. O início da empresa pode, ser identificado no escambo, no ofício do artesanato da Idade Média, na busca da própria subsistência. Quando a produção se dirige ao mercado, entretanto, desaparece o ofício e tem início a empresa, agregando-se o elemento risco na busca do lucro.²¹⁷

214 TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de direito constitucional*, p. 68.

215 CASTRO, Carlos Alberto Farracha de; NALIN, Paulo. *Economia, mercado e dignidade do sujeito*, p. 119-120.

216 MARCONDES, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*, p. 1.

217 MARCONDES, S. Idem, p. 2.

Em 1803, J. B. Say destaca, sob influência dos fatores determinantes da revolução industrial, a figura do “empresário”, que conduz a produção e detém a distribuição de riquezas perfazendo a noção de empresa moderna que, juridicamente, sob o enfoque dos institutos da propriedade privada e da liberdade de contratar: (1) distingue os possuidores de fatores de produção; (2) prevê com antecedência a demanda do mercado; (3) responde pelos riscos econômicos e de ordem técnica e; (4) busca o lucro como resultado da subtração do preço de venda pelo de produção.²¹⁸

“Produzir” significa criar uma utilidade capaz de satisfazer uma necessidade humana. Considerando que as necessidades dos consumidores condicionam a produção, poder-se-ia afirmar que o homem representa o único fator de produção. No entanto, pode-se identificar três fatores objetivos de produção: (1) o trabalho; (2) a natureza e; (3) o capital. Tais fatores subjetivamente visualizados revelam as figuras do trabalho, do proprietário e do capitalista.²¹⁹

Ao empresário, por seu turno, cabe combinar os seus bens ou do proprietário, a força de trabalho do trabalhador ou a própria e o seu capital ou do capitalista nos serviços produtivos da agricultura, indústria e comércio, organizando e conduzindo a atividade, decidindo sobre a produção, tendo em vista a demanda, assumindo os riscos do empreendimento na busca do lucro.²²⁰

As empresas privadas classificam-se em “empresa individual”, em que o empresário possui maior liberdade, simplificada ou não, e “empresa coletiva ou societária”, com personalidade jurídica própria, formadas a partir de características pessoais (sociedades de pessoas), ou tendo em vista somente a união de capitais (sociedades de capital).²²¹

A elaboração do Código Comercial de Napoleão foi contemporânea ao aprimoramento da concepção econômica de “empresário”. O Código Francês fixou taxativamente os atos de competência dos tribunais do comércio com a expressão do art. 632 “La loi répute actes de commerce” e, segundo doutrinadores franceses, a empresa (quando não considerada locação de

218 MARCONDES, S. Idem, p. 2-3.

219 MARCONDES, S. Idem, p. 3-4.

220 MARCONDES, S. Idem, p. 4-6.

221 MARCONDES, S. Idem, p. 6-7.

serviços) trata-se da combinação de capital e trabalho para o fim previsto no Código.²²²

Os Códigos italianos de 1842 e 1865 basearam-se no Código francês, contudo, o Código de 1882 utilizou a expressão “la legge reputa atti di commercio”, ao invés de “sono atti di commercio”, o que denota a natureza meramente exemplificativa constante do art. 3º.

A partir da análise de grupos de atos de comércio constantes no art. 3º surgiram dois posicionamentos: (1) Para Vivante “a empresa é um organismo econômico que recolhe e põe em obra, sistematicamente, os fatores necessários para obter um produto destinado à troca, a risco do empresário” e (2) Para Arcargeli a empresa também pode ser a vontade reconhecível para a prática reiterada de certos atos, como as agências de comissão e negócios.²²³

Optou-se por não enumerar os atos de comércio no Código Comercial brasileiro de 1850, tendo em vista que a previsão do Código francês estava relacionada inicialmente à competência dos tribunais do comércio e que os artigos 17 e 18 do título único do projeto abordariam este assunto, adotando-se o termo “mercancia”.

O art. 19 do regulamento 737 de 1850 previu os atos de comércio, prevalecendo, como na Itália, a afirmação de ser rol exemplificativo. A inclusão das “empresas de fábricas, de comissões, de depósito, de expedição e consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públicos”, considerando a ausência de conceituação legal, moveu os doutrinadores para o conceito de empresa, sendo a definição de Vivante melhor recepcionada e que pode ser identificada na definição de Carvalho de Mendonça:²²⁴

empresa é a organização técnico econômica que se propõe a produzir, mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do *empresário*, isto é aquele

222 MARCONDES, S. Idem, p. 8-10. A enumeração tinha o fim de diminuir os conflitos de competência entre os juizes consulares e juizes comuns sem subtrair por completo os comerciantes da jurisdição ordinária consoante a tradição da ordenança de 1673, entretanto, razões de ordem política e econômicas refletidas na Lei Chapelier de 1791 associadas a queda do antigo regime levaram os redatores do Código a repudiar “um direito considerado de casta”. MARCONDES, S. Idem, p. 8.

223 MARCONDES, S. Idem, p. 11-13.

224 MARCONDES, S. Idem, p. 13-14.

que reúne, coordena e dirige êsses elementos sob a sua
responsabilidade.²²⁵

Consoante Inglez de Souza, integra a empresa industrial a relevância do serviço ou indústria que constitui objeto, a reiteração de ações e a organização que emprega força de trabalho alheia estando em segundo plano a noção de reunião de pessoas.²²⁶ Em seu projeto de Código Comercial²²⁷ destacou um título especial às empresas, prevendo diversas espécies de empresas sem, contudo, fixar-lhes a natureza, tendo como referente o controvertido art. 230 do Código português de ser ou não, em virtude de sua redação, empresa sinônimo de empresário.²²⁸

Considerando a codificação liberal do século XIX, verifica-se que os doutrinadores de direito comercial não alcançaram um conceito jurídico-unitário de empresa, ora atribuindo à empresa características da locação de serviços ou empreitada, ora adotando o conceito puro dos economistas. O legislador tem usado a palavra empresa por conveniência.²²⁹

A propriedade dos bens e o contrato com os trabalhadores constituem a base sobre o qual o capitalismo fundou a empresa e a indispensável solidariedade entre os fatores de produção não importa em “instituições jurídicas”.²³⁰

Defendeu Alberto Asquini, presidente da subcomissão do “Codice di Commercio”, tendo em vista o desenvolvimento ocorrido na vigência do Código italiano de 1882, o regresso a “estrutura subjetiva”, em sintonia com a anterior tradição da Itália, de maneira que toda a matéria mercantil fosse informada pelo conceito de empresa. No entanto, o Código Italiano de 1942 não conceitua a

225 *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. 1, n. 345, p. 492. No mesmo sentido Bento Faria, Alfredo Russel, Spencer Vampré, Descartes de Magalhães.

226 Conforme Inglez de Souza: "Por empresa devemos entender uma repetição de atos, uma organização de serviços, em que se explore o trabalho alheio, material ou intelectual. A intromissão se dá, aqui, entre o produtor do trabalho e o consumidor do resultado desse trabalho, com o intuito de lucro".

227 Trabalho empreendido por conta do Decreto Legislativo n. 2.379 de 1911.

228 Dispõe o art. 230 do Código português: "Haverse-ão por comerciais as empresas singulares ou coletivas que se propuserem...". MARCONDES, S. Op. cit., p. 15-17.

229 MARCONDES, S. Idem, p. 17.

230 MARCONDES, S. Idem, p. 18

empresa e sim o empresário (art. 2028), carecendo da subjetividade que se lhe intentou imprimir.²³¹

Ferri prefere a expressão “aspectos jurídicos da empresa econômica” em detrimento da “noção jurídica de empresa”. Parte da doutrina sustenta a concepção institucional, destacando o caráter associativo dos trabalhadores (uma “famiglia lavorativa”) que abrange, sem prejuízo do conteúdo econômico, princípios morais. sendo o regramento do empresário o dos sujeitos, o da empresa a “doutrina dos grupos de trabalho” e do estabelecimento a dos bens, de maneira que a empresa é propriamente considerada independentemente da vida de quem a titulariza.²³²

Identifica Mossa, tendo em vista a concepção patrimonial, empresa e estabelecimento. Para Ghidini a empresa constitui uma universalidade de direito ao passo que o estabelecimento afigura-se uma universalidade de fato.²³³

Considerando o art. 2.082, que trata do empresário, e o art. 2.555, que se refere ao estabelecimento, ambos do Código Civil Italiano, parte da doutrina repudia o perfil subjetivo que identifica empresa com o empresário adotando o perfil funcional. Com efeito, a empresa “não existe” e sim “se exerce” constituindo “um fato”, sendo o empresário o sujeito e o estabelecimento o objeto.

Para Ferrara Junior a controvérsia nasce da redação legal, todavia, afirma ter sido a questão deslocada porque não se trata de buscar o que se deva compreender no plano abstrato por empresa e estabelecimento e, sim, identificar o alcance que a lei atribui a estes vocábulos. Destaca ademais, que os perfis da empresa são três, considerando não existir na norma o sentido de uma “organização pessoal”.²³⁴

Assevera que, excluindo os casos em que de maneira equivocada a empresa denota o empresário ou o estabelecimento, resta a perspectiva de atividade econômica organizada. Conclui que o conceito de empresa é irrelevante de maneira que os efeitos jurídicos do empreendimento são os efeitos do

231 MARCONDES, S. Idem, p. 19-21.

232 MARCONDES, S. Idem, p. 25-26.

233 MARCONDES, S. Idem, p. 27.

234 MARCONDES, S. Idem, p. 28.

empresário, não tendo importância para o Direito o conceito de empresa, sendo a palavra “atividade” juridicamente estéril.²³⁵

O Código italiano atribuiu à empresa um regramento em consonância com os fenômenos econômicos e sociais, embora não tenha conceituado empresa. Na França denota-se a inclinação institucional sob o enfoque do direito social, excluindo-se o fator “bens” e congregando somente os elementos pessoais, de maneira que a vontade do capitalista, do trabalhador e do empresário são inicialmente desvinculadas até o ingresso na instituição, que lhes imprime o regime previsto.²³⁶

Sustenta Savatier que a utilização da palavra “instituição” (Hariou e Renard) é tranquila porque vazia. Ripert afirma, por seu turno, que o legislador identifica inadvertidamente empresa, propriedade e sociedade.

Garrigues destaca a dificuldade dos juristas de identificar a natureza jurídica da empresa e a “classe de seu titular”, simplificando o conceito econômico a uma “unidade jurídica”, sustentando ser a “organização” o traço fundamental. Consoante o direito positivo, no entanto, não se trata de patrimônio ou organização, razão pela qual o conceito não desfruta de autonomia. Na Argentina, Arecha adotando conceito econômico conclui que a empresa não se trata de uma categoria especial, ao contrário do processo de trabalho que realiza.

No Brasil, em 1934, Waldemar Ferreira ponderou sobre a empresa e os atos de comércio. Em 1948, destacou que, intencionalmente ou não, o rol de atos de comércio contemplou as empresas. Sustenta que o estabelecimento carece de personalidade jurídica, tratando-se de coisa universal, concluindo que “enquanto o estabelecimento se pluraliza, desdobrando-se, a empresa contrai-se, unificando-se e envolvendo-o”.²³⁷

Conforme Sylvio Marcondes, há conteúdo econômico no conceito de “empresa comercial”, como a organização dos fatores de produção realizada pelo empresário para o exercício da atividade buscando o lucro com a assunção dos riscos. Refuta, em seguida, os quatro perfis mencionados por Asquini e, passando à análise da empresa considerada como instituição, sustenta a “inexistência de componentes jurídicos que, combinados aos dados econômicos,

235 MARCONDES, S. Idem, p. 29.

236 MARCONDES, S. Idem, p. 30-31.

237 MARCONDES, S. Idem, p. 35-38.

formem um conceito genérico de empresa; ou, considerada a constância do substrato econômico, pela inexistência de um conceito de empresa como categoria jurídica.”.²³⁸

A Administração Pública da economia considerou, a partir do final do século XIX, devido à evolução da industrialização, o exercício de atividade econômica e não de atos singulares como no Código francês. Inicialmente, estava associada a proteção do trabalho, a intervenções contra o poder econômico, a nacionalização de serviços públicos e eliminação de estruturas em parte feudais e pré-capitalistas e, posteriormente, com a defesa do consumidor no interesse de um bem estar econômico geral, ou dos empresários em face deste.²³⁹

Tendo em vista a finalidade econômica objetivada pelo intervencionismo, considerou-se a unificação das obrigações que, levada a efeito em primeiro lugar no Código Suíço, não resultou de características técnicas das matérias envolvidas e, sim, de exigência nos diversos setores da economia. Posteriormente, em 1942, na Itália, a empresa entendida como atividade não é apta a qualificar contratos que se imputam a pessoa. O relevo do Código italiano está na regulamentação privatista da concorrência e publicista da economia.²⁴⁰

O projeto de Código Civil brasileiro teve como diretrizes o entendimento de ser um Código Civil a norma fundamental do direito privado, mas não integral dele, identificando as obrigações civis e mercantis como atividades negociais e positivando matérias consolidadas, figurando a “sistematicidade” como principal característica.²⁴¹

No Brasil, o movimento de unificação do direito privado teve início em 1964 com o Projeto de Código das Obrigações. Em 1965, foi apresentada a segunda versão. Em 1972, a terceira, compreendida no Anteprojeto de Código Civil. Foram seguidas pelas quarta e quinta versões sendo em todas elas

238 MARCONDES, S. *Idem*, p. 38-40.

239 ASCARELLI, T. *Op. cit.*, p. 246-247.

240 ASCARELLI, T. *Idem*, p. 248-252.

241 MARCONDES, Sylvio. *Questões de direito mercantil*, p. 1-2. Em 1969 o Governo nomeou uma Comissão para revisar e reelaborar os projetos anteriores. Miguel Reale foi o Presidente desta Comissão competindo ao Professor catedrático de Direito comercial na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo Sylvio Marcondes tratar do Direito da Empresa. O projeto resultou no Código Civil de 2002. MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*, p. 90-91.

consideradas as críticas e sugestões realizadas, resultando o Projeto n. 634/75.²⁴²

A tendência unificadora pode ser constatada pelo exame do art. 121 do Código Comercial de 1850 bem como na previsão expressa do contrato de sociedade no Código Civil de 1916.

Além disso, defendia-se um Código de Direito Privado, no Império com Teixeira de Freitas no Projeto de Código Civil, já em 1912 com Inglez de Souza no Projeto de Código Comercial e, em 1941. tal intento caracterizou o Projeto de Código de Obrigações.²⁴³

A expressão “matéria mercantil” passa para atividade comercial, conceito mais abrangente, traço do desenvolvimento que comprometeu conceitos do Código Comercial de 1850, cunhados subjetivamente na figura do comerciante e objetivamente nos atos de comércio que, privados de consideração especial, justifica a unificação como negócio jurídico, atos negociais, ganhando importância na perspectiva de atividade.²⁴⁴

Alberto Asquini pôs termo as divergências relacionadas à conceituação de empresa no direito italiano, sustentando ser a empresa um fenômeno econômico poliédrico que, tendo em vista os diversos elementos que o compõe singularmente considerados sob o enfoque jurídico, assume quatro perfis, como no art. 2º da CLT (perfil subjetivo), art. 448 da CLT (perfil objetivo) e o inciso V do art. 165 da Constituição revogada (perfil corporativo).²⁴⁵

Com relação à atividade comercial, o Código prevê no Título I “Do empresário”, no Título II “Da Sociedade”, Título III “Do Estabelecimento” e Título IV “Institutos Complementares”. O empresário é a pessoa física ou jurídica, contudo, a complexidade da matéria não autorizou o tratamento conjunto dos Títulos I e II porque nem toda pessoa jurídica é sociedade, a exemplo das associações e fundações, nem toda sociedade é pessoa jurídica. Finalmente, nem toda sociedade tem como objeto a atividade empresarial.²⁴⁶

O conceito de “empresário” (pessoa física) afigura-se o ponto nuclear que permite a distinção entre sociedades empresárias e não empresárias

242 MARCONDES, S. Idem, p. 3-4

243 MARCONDES, S. Idem, p. 4-6

244 MARCONDES, S. Idem, p. 6-7.

245 MARCONDES, S. Idem, p. 7-8

246 MARCONDES, S. Idem, p. 9-10.

e é formado a partir da combinação de atividade econômica (relacionada à criação de riquezas, bens ou serviços), forma organizacional aos fatores de produção (trabalho, natureza e capital), exercida profissionalmente, com habitualidade, sendo imanentes ao profissionalismo o exercício em nome próprio com o fim de lucro.²⁴⁷

Os profissionais intelectuais como o artista que produz bens ou o profissional liberal que produz serviços, embora exerçam atividade econômica, não são, em princípio considerados empresários porque a organização dos fatores de produção constitui fato ocasional. Considerando a imensidão do território e as diferenças de região, facultou-se ao ruralista a inscrição como empresário.²⁴⁸

4 FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Com relação ao mais importante fator de eficiência na economia contemporânea, a doutrina se divide entre adeptos da pequena ou da grande empresa. Tal consideração, todavia, depende dos objetivos buscados. O sucesso empresarial resulta da existência de uma rede apta a abranger espaços no mercado e uma estrutura marcada pela hierarquia, fatores que somente a grande empresa reúne.²⁴⁹

O desenvolvimento da grande empresa passou por três fases: (1) a primeira como organização única dividida internamente; (2) a segunda relacionada ao grupo societário e; (3) a terceira associada à rede empresarial. A universalização da economia ensejou o aumento dos grupos societários, formados por uma sociedade controladora e sociedades controladas, bem como deu origem à “organização reticular” de empresas no âmbito internacional.²⁵⁰

A organização irrestrita aos limites territoriais dos Estados, conhecida por “economias-mundos” portuguesa, espanhola, inglesa e francesa no século XIX e, no século XX, pela União Soviética, antecedeu o fenômeno da globalização, sendo os Estados Unidos os precursores da instauração de um

247 MARCONDES, S. Idem, p. 10-11.

248 MARCONDES, S. Idem, p. 11-12.

249 COMPARATO, Fábio Konder. *Estado, empresa e função social*, p. 38-39.

250 COMPARATO, F. K. Idem, p. 38.

mercado único mundial, constituindo as empresas multinacionais os agentes responsáveis por expressiva parcela do investimento estrangeiro direto no mundo.²⁵¹

A estrutura organizacional das empresas multinacionais recentemente era espelho de um grupo societário de subordinação com a empresa “holding” no ápice, contudo, com o fenômeno da terceirização, tem lugar o sistema reticular em que a vinculação das unidades empresariais não se dá pela participação no capital e sim por uma rede de contratos estáveis, com o controle externo contratual realizado pela sociedade controladora “broker”.²⁵²

Não há razão para o tratamento do direito de propriedade, à luz do direito econômico como um terceiro gênero ao lado da dicotomia direito público e direito privado e as normas de direito econômico não se limitam a bens móveis.²⁵³

A classificação dos bens em “móveis” e “imóveis” já foi a principal e teve origem na Idade Média, sendo a propriedade móvel relegada a um segundo plano porquanto não assegurava poder político. Associado ao comércio, a moeda e a vida urbana, o sistema capitalista conferiu importância aos bens móveis tendo a propriedade de moedas e metais dado origem ao crédito.²⁵⁴

Desde então, a mais importante classificação é a que diferencia bens de consumo e bens de produção, de maneira que os “bens de produção” compreendem móveis ou imóveis utilizados como capital produtivo, bem como as mercadorias direcionadas ao mercado e compreendidos pela noção de estabelecimento empresarial, do contrário, elas constituem insumos de produção ou bens de consumo.²⁵⁵

Os bens de consumo não são, por vezes, passíveis de “apropriação”, como os bens de uso comum. Os bens juridicamente consumíveis são de difícil enquadramento no regime da propriedade que supõe permanência.

A diferenciação se baseia na destinação dos bens e não em sua natureza de maneira que a estrutura não condiciona a função, que é levada a efeito pelos mais variados tipos de relação jurídica. Há que se diferenciar,

251 COMPARATO, F. K. Idem, p. 39.

252 COMPARATO, F. K. Idem, p. 41.

253 COMPARATO, Fábio Konder. *Função social da propriedade dos bens de produção*, p. 71.

254 COMPARATO, F. K. Idem, p. 72.

255 COMPARATO, F. K. Idem, p. 72-73.

entretanto, a “função econômica dos bens” da “função econômica da relação jurídica” que tem por objetos esses bens.²⁵⁶

Karl Renner foi um dos precursores da análise funcional do Direito em 1904, com o escrito intitulado “Die soziale Funktion der Rechtsinstitute”, a partir do qual se demonstrou que os bens e as relações jurídicas podem possuir diversas finalidades na vida em sociedade, assim como os negócios jurídicos podem alcançar objetivos não contemplados pela lei e queridos pelos particulares (negócios indiretos).²⁵⁷

A história econômica e o desenvolvimento do pensamento do ocidente a respeito da vida econômica demonstram que a propriedade privada sempre foi fundamentada como instrumento indispensável à subsistência. Hodiernamente, todavia, tal assertiva está relativizada, tendo em vista a importância do emprego, do salário, da seguridade social, da educação, da formação profissional, do transporte e do lazer.²⁵⁸

A eficiência da propriedade para realização de interesses individuais e familiares sempre esteve atrelada a uma relação de direito real e, na medida em que se atribui o caráter “erga omnes” a outros direitos, eles passam a exercer a função da propriedade.²⁵⁹

A concepção de propriedade dominante resultou da restritiva codificação francesa. Para Teixeira de Freitas, a concepção de “propriedade” é abrangente porque contempla a universalidade de bens corpóreos ou não constituintes do patrimônio de cada pessoa, bem como as prestações a ela devidas.²⁶⁰ De outro lado, o “domínio” resultado da soma dos poderes proprietários.

Com o aumento da empresa, restam cada vez mais nítidas as figuras dos empresários e dos capitalistas, de modo que nas grandes companhias americanas e japonesas o principal acionista detém, no máximo, dez por cento do capital social.²⁶¹

256 COMPARATO, F. K. Idem, p. 73.

257 COMPARATO, F. K. Idem, ibidem.

258 COMPARATO, F. K. Idem, ibidem.

259 COMPARATO, F. K. Idem, p. 73-74.

260 COMPARATO, F. K. Idem, p. 74.

261 COMPARATO, F. K. Idem, p. 74-75.

A função social da propriedade não se identifica com a restrição de uso e gozo de bens próprios, ou seja, com restrições negativas aos direitos do proprietário mas sim, refere-se a vinculação a dada finalidade. O adjetivo “social” denota a preponderância do interesse coletivo, tratando-se de um poder-dever do proprietário.²⁶²

O substantivo do latim “functio” deriva do verbo “fungor” cujo significado primeiro indica o cumprimento de algo ou prática de um dever e a associação do verbo ao múnus público já ocorria entre os clássicos como Cícero. Além disso, sob o enfoque institucional do Direito, função indica a finalidade legal de um instituto jurídico, por sua vez, sob um olhar mais abstrato, retrata a busca da satisfação do interesse alheio, pelo titular da atividade em sentido positivo.²⁶³

A função social revela uma conduta em benefício da coletividade e, para a apreciação da função social da empresa, é preciso analisar primeiro a função social da propriedade da qual decorre. Dispôs a Constituição de Weimar, de 1919, em seu art. 153, que “a propriedade obriga. Seu uso deve ser igualmente um serviço ao bem comum”, o que foi reproduzido, “mutatis mutandis”, pela Lei Fundamental de Bonn que prescreve: “a propriedade obriga. Seu uso deve igualmente servir ao bem da coletividade.”²⁶⁴

A noção de “função social da propriedade” foi primeiramente introduzida no ordenamento positivo na Constituição da República de Weimar em 1919, reproduzida com modificação pontual, em 1949, e o seu alcance se refere a deveres positivos do proprietário, considerando os verbos “verpflichten” obrigar e “dienen” servir.²⁶⁵

No entanto, a doutrina alemã não logrou visualizar qualquer aplicação prática ao dispositivo.²⁶⁶

Seifert e Hömig sustentam que a “norma 'não confere nenhum direito de legítima defesa (Selbshilferecht). A apropriação e a utilização da propriedade privada alheia sem autorização legal, não pode ser justificada pelo

262 COMPARATO, F. K. Idem, p. 75.

263 COMPARATO, Fábio Konder. *Estado, empresa e função Social*, p. 40-41.

264 COMPARATO, F. K. Idem, p. 41.

265 COMPARATO, Fábio Konder. *Função social da propriedade dos bens de produção*, p. 75.

266 COMPARATO, F. K. Idem, ibidem.

art. 14 inc. II. A fronteira entre a determinação do conteúdo e a vinculação social de um lado e a desapropriação de outro é problemática.²⁶⁷

Para eles afigura-se complexo extrair do dispositivo a possibilidade de desapropriação, tendo em vista o descumprimento de seu conteúdo social, o que constitui retrocesso porque tal solução está prevista em diversas legislações.²⁶⁸

Negar a possibilidade de certo dever positivo sob o fundamento de inexistência de disposição expressa viola o art. 1º alínea 3, segundo o qual os direitos fundamentais (e no caso o direito de propriedade) vinculam o Estado “a menos que se queira sustentar o absurdo de que os direitos fundamentais inscritos na Constituição são imediatamente eficazes para os órgãos do Estado, mas não para os particulares.”²⁶⁹

Para Konrad Hesse o art. 14 inc. II da LF está associado à tutela do proprietário contra o Estado “como se a hipótese de incidência fosse uma ação anti-social do Estado e não o descumprimento de um poder-dever social pelos proprietários [...] e pelo repertório desses comentários percebe-se quão deficiente é a técnica normativa de se lançarem, nessa matéria, fórmulas sintéticas e imprecisas do tipo da que se encontra no art. 160, III, de nossa Constituição: a função social da propriedade.”²⁷⁰

Ninguém logrou explicitar na Alemanha quais os deveres sociais positivos do proprietário em face da coletividade, no entanto, constitui ponto pacífico a associação entre a vinculação social e os deveres negativos marcadamente no tocante a imóveis e o art. 15 da Lei Fundamental de Bonn, resultado de forças políticas de resistência ao nazismo, não se trata de socialização da sociedade privada conforme esclareceu o julgamento da corte constitucional, permanecendo sem aplicação.²⁷¹

Na Itália o art. 42 da Carta italiana de 1947 subjugava a função social às limitações ao uso de bens próprios, levadas a efeito pelo legislador, o que

267 COMPARATO, F. K. *Idem*, p. 75-76.

268 COMPARATO, F. K. *Idem*, *ibidem*.

269 COMPARATO, F. K. *Idem*, *ibidem*.

270 COMPARATO, F. K. *Idem*, p. 76.

271 Dispõe o art. 15 da Lei fundamental de Bonn: “O solo e as terras, as riquezas naturais e os meios de produção podem, com a finalidade de socialização, ser transformados em propriedade comum ou em outras formas de economia comunitária, por meio de lei que regulará a espécie e a extensão da expropriação”. COMPARATO, Fabio Konder. *Estado, empresa e função Social*. p. 41-42.

invalidou qualquer iniciativa doutrinária no sentido de fixar deveres positivos, fato que se repetiu na Espanha. No Brasil, entretanto, a Constituição de 1988 livrou-se da indeterminação fixando deveres positivos nos artigos 182 e 186, que denotam a natureza de dever das sanções aplicáveis pelo Estado bem como a não sujeição integral a garantia do art. 5º inciso XXIV da Constituição.²⁷²

O conceito de propriedade em direito constitucional é mais abrangente do que o conceito do direito civil porque estão inseridos na tutela constitucional bens jurídicos que o titular não exerce direito real compreendendo, inclusive, o poder de controle empresarial, funcionalizando-o. Os deveres negativos do empresário podem ser sintetizados na expressão latina “neminem laedere”, a ninguém ofender.²⁷³

A finalidade que diferencia “bens de consumo” e “bens de produção” não pode ficar ao alvedrio dos particulares na busca do lucro sob pena de violação da função social da propriedade.²⁷⁴

A função social da propriedade não se identifica com as limitações de uso e gozo de bens próprios e, ainda, na hipótese de bens de produção, o poder-dever do proprietário de conferir à “res” uma finalidade coletiva se transforma no poder-dever do titular do controle, quando tais bens compõem um dos fatores de produção reunidos pelo empresário.²⁷⁵

Prescreve o art. 116 da Lei das S/A:

Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

272 Prescreve o art. 42 da Carta italiana de 1942: “La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti.” art. 33: “1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.”. COMPARATO, F. K. *Idem*, p. 42-43.

273 COMPARATO, F. K. *Idem*, p. 43-44.

274 COMPARATO, F. K. *Função social da propriedade dos bens de produção*, p. 76-77.

275 COMPARATO, F. K. *Idem*, p.76.

O poder de controle não é um direito real que incide sobre a coisa, mas um poder de organização e direção que envolve pessoas e coisas, no regime capitalista, o poder de controle da empresa está baseado na propriedade do capital ou títulos-valores prevendo a Lei das S/A deveres ao acionista controlador nos artigos 116 e 177 parágrafo 1º. No entanto, tais dispositivos são ineficazes em razão da não previsão legal de um aparelhamento de sanções e sim a responsabilidade por perdas e danos.²⁷⁶

A intensificação da complexidade da macroempresa contemporânea, enfatizando as funções interiores de organização e planejamento, a tecnologia como fator de produção, o perfil social e não econômico das empresas de educação, saúde e comunicação colocam em xeque a legitimidade do poder de controle baseado na propriedade.²⁷⁷

4.1 Objeções à função social da empresa

Considerando por hipótese a existência de uma função social da empresa, deve-se necessariamente responder quem são os agentes e quem são os destinatários dela. Os agentes seriam, em princípio, os empresários individuais ou sociedades empresárias e, por outro lado, a destinatária seria a sociedade. Indaga-se: mas qual sociedade? Uma sociedade livre justa e solidária? Que busca a redução das desigualdades sociais? Qual é o âmbito do social?²⁷⁸

Existe contradição insanável entre a função social da empresa e a empresa capitalista porque se trata de uma organização que busca o lucro não podendo renunciar à sua finalidade lucrativa.²⁷⁹ Além disso, nenhum

276 COMPARATO, F. K. *Idem*, p. 77-78.

277 COMPARATO, F. K. *Idem*, p. 78.

278 Informação verbal do Prof. Dr. Alcides Tomasetti Junior, na Banca de Qualificação desta pesquisa, realizada em 27 de outubro de 2006, nas Faculdades Integradas Curitiba.

279 COMPARATO, Fabio Konder. *Estado, empresa e função Social*. p. 45. Prescreve o art. 2º da Lei 6.404/76: "Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.". Dispõe o art. 206 da Lei n. 6.404/76: "Dissolve-se a companhia: [...] II - por decisão judicial: [...] b) quando provado que não pode preencher o seu fim, em ação proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social;".

administrador está autorizado a praticar atos gratuitos “não razoáveis” em benefício da comunidade.²⁸⁰

No sistema capitalista somente se exige da empresa eficiência lucrativa e que na persecução do lucro o sistema empresarial total produza ou faça circular bens ou serviços pautado pela livre concorrência.²⁸¹

O tema da função social da empresa nunca foi discutido na Alemanha, uma economia social de mercado, consoante o art. 2º da Lei Fundamental daquele país, de maneira que lá a empresa somente se legitima na medida em que atende os interesses do mercado e os interesses sociais.²⁸²

A idéia de função social da propriedade foi prevista inicialmente no art. 153 da Constituição de Weimar e reproduzida “mutatis mutandis” no art. 14 da Lei fundamental de Bonn, no entanto, a doutrina alemã não logrou explicitar quais os deveres sociais positivos do proprietário em face da coletividade, não possuindo aplicação prática.²⁸³

Pondera Fábio Konder Comparato sobre a doutrina alemã: “e pelo repertório desses comentários percebe-se quão deficiente é a técnica normativa de se lançarem, nessa matéria, fórmulas sintéticas e imprecisas do tipo da que se encontra no art. 160, III, de nossa Constituição: a função social da propriedade.”²⁸⁴

No marco inicial de qualquer interpretação, deve-se repelir os conceitos jurídicos uniformizadores, sem conteúdo, muito comum nos meta-discursos e que camuflam do intérprete dados relevantes afastando a interpretação da realidade bem como beneficiando uma situação de “nada constrói”, mesmo com o auxílio de outras áreas do conhecimento e argumentos

280 COMPARATO, F. K. Idem, p.45. Reproduza-se o art. 154 da Lei n. 6.404/76.: 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. [...] § 4º O conselho de administração ou a diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais.

281 COMPARATO, F. K. Idem, p.45.

282 Informação verbal do Prof. Dr. Alcides Tomasetti Junior, na Banca de Qualificação desta pesquisa, realizada em 27 de outubro de 2006, nas Faculdades Integradas Curitiba.

283 COMPARATO, F. K. Idem, p. 41.

284 COMPARATO, F. K. *Função social da propriedade dos bens de produção*, p. 76.

científicos ou razoavelmente admitidos, considerando, ademais, as limitações do “intérprete-tipo”.²⁸⁵

A função social da empresa e a função social da propriedade empresarial representam, no campo do direito empresarial, vazios conceitos jurídicos uniformizadores apresentados como “panacéia” do que a Constituição deseja, contudo, não há uma “desejada” função social da empresa e sim:

relações de produção que, no âmbito do modo capitalista, **permitem** (ou **não**) que os fatores de produção sejam organizados de tal modo que, na dinâmica dominante do real concreto, universalize-se (que é o que se deseja) ou restrinja-se (que é o que não se quer) a distribuição dos benefícios do *continuum* de criação, exploração, circulação e consumo de riquezas.²⁸⁶ (grifo nosso)

Portanto, há a função da empresa capitalista que pode, considerando o resultado de poder dos elementos das relações de produção e de categorias jurídicas que regulam a apropriação, troca e circulação de riquezas, distribuir pelo sistema da propriedade e dos contratos benefícios para maior ou menor parcela de destinatários.²⁸⁷

Na Itália bem como na Espanha a função social está associada às limitações ao uso de bens próprios, levadas a efeito pelo legislador, o que invalidou qualquer iniciativa doutrinária no sentido de fixar deveres positivos.²⁸⁸

Parte da doutrina deriva a função social da empresa a partir da função social da propriedade. Na Europa, em geral, o debate sobre a função social da propriedade constitui matéria ultrapassada e os bens de produção constituem apenas um dos fatores organizados pelo empresário para o exercício da atividade empresária, sendo perfeitamente concebível a figura do empresário não-proprietário, como um fundo de investimento.²⁸⁹

Consoante Bulgarelli, a função social da empresa deve ser entendida como “...o respeito aos direitos e interesses dos que se situam em

285 GEVAERD FILHO, Jair Lima. *Responsabilidade social, inclusão e sustentabilidade: vértices empresariais dos direitos fundamentais*, p. 194.

286 GEVAERD FILHO, J. L. *Idem*, p. 195.

287 GEVAERD FILHO, J. L. *Idem*, *ibidem*.

288 COMPARATO, F. K. *Idem*, p. 42-43.

289 *Idem*.

torno [delas]”²⁹⁰e, com relação aos campos em que se manifesta, parte da doutrina aponta a concorrência, o direito do consumidor e o meio ambiente.²⁹¹

No entanto, o Direito já possui as categorias jurídicas do “abuso de direito” e do “abuso de posição dominante”, com relação ao direito concorrencial e o CDC disciplina as chamadas práticas empresariais abusivas, de maneira que se revela cômodo, porém desnecessária a figura da “função social da empresa”.²⁹²

No tocante aos deveres externos, o conceito de função social da empresa se revela bastante restrito, ou mesmo nulo, sem olvidar que somente as macroempresas estão aptas a atender interesses exteriores.²⁹³

As considerações expendidas têm o condão de revelar o quanto é difícil, ou mesmo impossível, citar um exemplo concreto solucionado a partir do conceito de função social, considerando a insuficiência dos conceitos das categorias já existentes, porque tais práticas relacionadas à concorrência, ao consumidor e ao meio ambiente deságuam no abuso de posição jurídica.²⁹⁴

A tese da função social da empresa pode representar escusa Estatal no cumprimento de políticas sociais para a manutenção da estabilidade monetária e das finanças públicas.²⁹⁵ Sustentar a função social da propriedade pode significar a manutenção do “status quo” social em questões sobre o regime agrário e de exploração empresarial capitalista.²⁹⁶

290 Apud CASTRO, C. A. F. de; NALIN, P. Op. cit., p. 121.

291 FARAH, Eduardo Teixeira. *A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social*, p. 689-709.

292 Informação verbal do Prof. Dr. Alcides Tomasetti Junior, na Banca de Qualificação desta pesquisa, realizada em 27 de outubro de 2006, nas Faculdades Integradas Curitiba.

293 COMPARATO, F. K. Op. cit., p. 44.

294 Informação verbal do Prof. Dr. Alcides Tomasetti Junior, na Banca de Qualificação desta pesquisa, realizada em 27 de outubro de 2006, nas Faculdades Integradas Curitiba.

295 COMPARATO, F. K. Op. cit., p. 46.

296 COMPARATO, F. K. *Função social da propriedade dos bens de produção*, p. 76.

CAPÍTULO 3: EFICÁCIA PRIVADA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

1 RELAÇÃO ENTRE A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

É possível identificar pelo menos dois pontos de contato entre a eficácia privada dos direitos fundamentais e a função social da empresa.

O primeiro diz respeito à influência dos direitos fundamentais no direito privado pelo legislador, por intermédio de cláusulas gerais. Atualmente majoritária na Alemanha, a teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata considera os direitos fundamentais como normas objetivas, valores constitucionais, que se irradiam sobre o direito privado por intermédio das cláusulas gerais.

Para os adeptos da teoria da eficácia horizontal mediata, a aplicação da teoria da eficácia imediata implicaria supressão da autonomia da vontade ocasionando a perda da identidade do direito privado, que representaria mera aplicação do direito constitucional aumentando a discricionariedade do juiz, tendo em vista o grau de abstração das normas constitucionais de direitos fundamentais.

A eficácia dos direitos fundamentais denomina-se “indireta” ou “mediata” porque se estende aos particulares por intermédio do legislador, com maior proteção ao “tráfico jurídico” bem como compatibilidade com o regime democrático e a separação dos poderes.

Neste sentido, os “direitos fundamentais” constituem princípios de interpretação de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, ora tornando-os claros “wertverdeutlichung”, ora enfatizando elementos que os compõe “wertakzentuierung”, “Wertverschärfung”, e, excepcionalmente, suprindo espaços vazios mas sempre sob o enfoque de direito privado.

Para esta teoria, os direitos fundamentais não podem, em princípio, vincular diretamente particulares e a influência deles sobre o direito privado dirige-se primordialmente ao legislador, para a materialização dos respectivos

conteúdos. Caso o legislador se utilize de conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, aumentam de importância os direitos fundamentais na aplicação do Direito ao caso concreto.

A legislação infraconstitucional faz referência expressa à função social da empresa. Com efeito, dispõe a lei que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária:

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

Consoante Judith Martins-Costa:

O auxílio da lei, para organizar os deveres, e o da jurisprudência, para definir a sua extensão e o seu alcance, é indispensável. Conquanto muitas vezes o preveja expressamente, a legislação infraconstitucional também pode, ao invés de tão-somente pontualizar os deveres, ensejar a sua *construção* por via da atividade judicial, na hipótese de contemplar cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados que facilitem o acolhimento concreto da diretriz em um âmbito de regulação material específico. Como já tive ocasião de assinalar as cláusulas gerais constituem técnica legislativa que conforma o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento codificado, de princípios, de standards, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas e de normas constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo. Isso porque, nas cláusulas gerais, a formulação da hipótese legal é procedida mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significado dos intencionalmente vagos e abertos, os chamados “conceitos jurídicos indeterminados. Como estão situadas setorialmente, auxiliam na concreta regulação de determinados domínios de casos – v.g, na responsabilidade civil, no direito dos contratos, nas relações pessoais de família, nos direitos da personalidade – viabilizando a sua sistematização, isto é, a sua introdução ordenada no sistema jurídico. Constituem, portanto, a via privilegiada para a contínua construção e reconstrução da positividade dos princípios e das diretivas, desde que a jurisprudência com responsabilidade, senso ético e sabedoria, saiba retirar todas as conseqüências que esta técnica enseja. Por fim, atua, a diretriz pela direta incidência da Constituição, de duas formas distintas: negativamente, isto é, limitando ou impedindo a eficácia de norma infraconstitucional que com ela colida, ou positivamente, em caso de lacuna legislativa, por via da concreção, infundindo renovada direção a um princípio ou regra postos na lei infraconstitucional.²⁹⁷

297 MARTINS-COSTA, Judith. *Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo*, p. 629-630.

Nada mais são tais cláusulas que conceitos jurídicos indeterminados, “janelas, pontes e avenidas”, através dos quais se permite o ingresso de princípios valorativos, *standards*, máximas de condutas e mesmo normas originárias de universos metajurídicos, viabilizando a constante realimentação do ordenamento.²⁹⁸

O segundo ponto de contato, está relacionado a eficácia imediata dos direitos fundamentais e a função social da empresa, entendida como deveres positivos. Defende Fábio Konder Comparato que:

A idéia de função social da propriedade entrou a fazer parte do Direito Positivo com a promulgação da primeira Constituição Republicana Alemã, Weimar, em 1919. A disposição do art. 153 desse texto constitucional foi retomada *ipsis verbis* pela Constituição da República Federal da Alemanha, de 1949 (art. 14, 2ª alínea): 'A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir o interesse da coletividade.' (*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.*) A norma tem, indubitavelmente, o sentido de uma imposição de deveres positivos ao proprietário. O verbo *verpflichten* (obrigar), conjugado a *dienen* (servir) na 2ª parte do dispositivo, indica com clareza que não se trata aí de simples restrições à ação do proprietário. A doutrina germânica, no entanto, não conseguiu extrair uma aplicação prática do princípio constitucional. Nos comentários de Seifert, Hömig *et alii*, declarar-se que a norma 'não confere nenhum direito de legítima defesa (*Selbshilferecht*). A apropriação e a utilização da propriedade privada alheia, sem autorização legal, não pode ser justificada pelo art. 14, inc. II. A fronteira entre a determinação do conteúdo e a vinculação social, de um lado, e a desapropriação de outro, é problemática' (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2.ª ed., Baden-Baden, 1985, p. 147). Essa legítima defesa mencionada no comentário é, evidentemente, a invocação do estado de necessidade. Dizer que a norma constitucional não justifica a falta de expressa autorização de lei, a apropriação e até a utilização dos bens alheios é, sem dúvida, negar a aplicação ao princípio inscrito no art. 1.º, alínea 3.ª, da mesma Constituição, segundo o qual os direitos fundamentais vinculam o legislador, a Administração Pública e o Judiciário como direito auto-executável (*unmittelbar geltendes Recht*). **Se a propriedade está inscrita entre os direitos fundamentais, ela deve submeter-se ao regime que lhes é comum. A menos que se queira sustentar o absurdo de que os direitos fundamentais inscritos na Constituição são imediatamente eficazes para os órgãos do Estado, mas não para os particulares.** (grifo nosso).²⁹⁹

2 RESPONSABILIDADE SOCIAL, SUSTENTABILIDADE E INCLUSÃO

298 GODOY, Luciano de Souza. *O direito à moradia como expressão da dignidade da pessoa humana*, p. 13.

299 COMPARATO, F. K. Op. cit., p. 75-76.

A notável evolução do modo de produção capitalista no Brasil, a partir das duas últimas décadas do século XX, o modo pelo qual o senso comum teórico tem assimilado esse desenvolvimento econômico e social bem como adaptado as teorias prevalentes para a interpretação e, por fim, a postura atônita e errante dos operadores do Direito, tendo em vista essa realidade, constituem três facetas de um mesmo objeto, a experiência do Direito.³⁰⁰

Entendida como sistema de fundamentação de soluções operativas, a doutrina jurídica não tem logrado seguir o veloz desenvolvimento do modo de produção capitalista, as instâncias de intervenção resolutiva judiciais ou extrajudiciais não se afiguram aptas a colaborar com a evolução do capitalismo brasileiro e os operadores do Direito encontram obstáculos de introdução no campo de trabalho “senão – e infelizmente – como 'agentes do atraso’”.³⁰¹

Contrariando o enfoque metodológico ou pragmático do Direito como técnica de resolução da lide, para o operador jurídico se afigura normal e natural retardar a satisfação do crédito, no entanto, tal conduta resulta na desqualificação dos profissionais do Direito (ineficaz ao credor), frente aos profissionais de outras áreas do conhecimento, somada a frustração de “não-saber”: “o que fazer”; “como fazer”; “por que fazer”; “onde buscar”; “de que modo inserir-se etc.”.³⁰²

Recentemente para o senso comum teórico as Constituições contemplam direções principiológicas, associadas à função e à satisfatória

300 GEVAERD FILHO, J. L., Op. cit., p. 189.

301 GEVAERD FILHO, J. L. Idem, p. 189-190.

302 GEVAERD FILHO, J. L. Idem, p. 191. Sustenta Jair Lima Gevaerd Filho que não há nos cursos jurídicos orientação responsável sobre um “fazer metodologicamente avisado” resgatando a reputação do Direito, com integração interdisciplinar sem olvidar a ética social e humanamente fundamentada, com efeito, não se pode mais: 1. aceitar o corpo discente hesitante e ciente de que o senso comum teórico não disponibiliza ferramentas capazes de corresponder aos anseios do mercado e da sociedade e não esclarece “modo” e o “por que” ocorre, nem o como mudar; 2. ignorar o caráter principiológico, dirigente e garantista da Constituição que prestigia, metodologicamente, a normatividade funcional em detrimento do método axiomático e, sob o enfoque pragmático, soluções que contemplem a responsabilidade social, a sustentabilidade, inclusão e a universalização dos benefícios do modo de produção; 3. sustentar o meta-discurso na doutrina e jurisprudência incapaz que corrigir disfunções verificadas na realidade; 4. afirmar a auto-suficiência do Direito olvidando a interdisciplinaridade ou taxando outros conteúdos de “extrajurídicos”; 5. conceber o distancianeto de “grau, compromisso ético e fundamentação” entre o que se ensina e o que se faz na prática; 6. admitir decisões afuncionais do Poder Judiciário que acarretam um custo social e econômico que a todos atinge; 7. repisar textos de lei doutrina fora de contexto olvidando a gênese e finalidade dos institutos jurídicos. GEVAERD FILHO, J. L. Idem, p. 191-192.

evolução social e econômica, em destaque para o direito empresarial as relações que determinam o modo de produção.³⁰³

A principal questão do Direito contemporâneo está em determinar, expor e reunir em classes os processos hermenêuticos que assegurem os paradigmas principiológicos, funcionais e de essência, desde a previsão constitucional até a respectiva materialização por intermédio de um método de decisão que admita desvinculada e arranjada enunciação dos diferentes posicionamentos, bem como razoável controle.

Da passagem da normatividade axiomática para a normatividade principiológica, independentemente do posicionamento metodológico e sistemático do intérprete, “a garantir e dirigir está dada uma função” e, com relação ao direito empresarial, calha perquirir o que o art. 170 da Constituição proclama, dirige e garante com o auxílio da economia, análise social e desenvolvimentista.

Sentidos e funções na solução de casos concretos devem ser priorizadas e no início do trabalho hermenêutico uma construção interpretativa responsável tem lugar determinando: (1) o que a ordem econômica e social a Constituição protege e deseja e; (2) qual ordem econômica e social se infere histórica, contemporânea e no contexto real concreto do modo de produção capitalista no Brasil.

Identificando que a Constituição quer responsabilidade social, sustentabilidade e inclusão, as soluções processuais deverão prestigiar funções aptas a acertar ou dirigir as relações de produção consoante estas diretrizes constitucionais. A propalada função social e a previsão de princípios consagradores de uma ordem justa e inclusiva não ensejam a observância da livre iniciativa, da livre concorrência, da dignidade do trabalho humano levados a efeito pela legislação e por decisões judiciais adequadas.³⁰⁴

Desde 1930 foi adotado no Brasil o nacional-desenvolvimentismo como modelo de crescimento baseado, objetivamente, no financiamento do investimento público pela inflação e na autarquia em substituição às importações e, subjetivamente, na figura do Estado Redentor, donde se conclui a dependência

303 GEVAERD FILHO, J. L. Idem, p. 189-190.

304 GEVAERD FILHO, J. L. Idem, p. 195-196.

empresarial face ao Estado, o desprezo de conceitos como inclusão, sustentabilidade e responsabilidade bem como uma ética de aparência.³⁰⁵

Questões jurídicas relevantes para o sucesso da empresa como o contrato social, disposição de direitos e obrigações entre os sócios são tratadas indiferentemente por empreendedores pequenos e médios, por outro lado, o grande capital está regulado pela Lei das S/A, com os termos de direção fixados em lei estrangeiras como a estadunidense SOX (Sarbanes Oxley), exemplar no que toca à conduta ética e escorreta nas relações entre sócios, mercado e coletividade.³⁰⁶

No Brasil do século XXI está, portanto, enraizada a cultura patrimonialista, pré-capitalista e cartorial, não existindo um código social e cultural ao médio empresário e aos demais profissionais para a compreensão do processo econômico que constitui o modo de produção. No entanto, ao contrário, já é notável a postura de afastar-se do Estado bem como de buscar a excelência empresarial baseada na competência e competitividade, em razão da abertura e das privatizações.³⁰⁷

A adoção da ordem econômica e social desejada pela Constituição pressupõe a apreensão da realidade, ato contínuo, compreendida a função do texto, “trata-se de movimentar os recursos metodológicos (teorias dos sistemas, teoria das fontes, teoria da justiça, teoria da linguagem etc.)” para, na solução da lide, realizar a missão do Direito bem como o controle institucional de alteração da realidade.³⁰⁸

A ordem econômica e social que a Constituição deseja contempla a responsabilidade social e de igual modo a inclusão e sustentabilidade, que não corresponde, todavia, a um conceito jurídico e sim uma atividade funcional adotada pelos incorporadores e agentes da empresa existindo somente na prática do modo de produção.³⁰⁹

As empresas podem, sem prejuízo da finalidade lucrativa, incrementar as condições sociais e ambientais em seu espaço de atuação. Com efeito, a responsabilidade “corporativa” denota um processo por meio do qual a

305 GEVAERD FILHO, J. L. *Idem*, p. 196-197.

306 GEVAERD FILHO, J. L. *Idem*, p. 197.

307 GEVAERD FILHO, J. L. *Idem*, p. 197-198.

308 GEVAERD FILHO, J. L. *Idem*, p. 198.

309 GEVAERD FILHO, J. L. *Idem*, p. 199.

empresa dirige os relacionamentos com os “stakeholders” ou interessados capazes de interferir na licença para atuar, de maneira que a empresa admite que ultrapassar as obrigações legais mínimas, investir no humano e no meio ambiente pode significar diferencial competitivo.³¹⁰

Como estratégia adotada, a responsabilidade “corporativa”, agrega valor a longo prazo e representa a pragmática da responsabilidade social revelando, ao contrário do que juridicamente se supõe, como o tema está imbricado ao cotidiano das empresas. Logo, admitindo mediata ou imediatamente mais destinatários e intermediários nas relações de produção e ao distribuir no curso do processo de produção benefícios sociais e ambientais, a empresa ultrapassa o denominado “setor privado” deixando de tão somente “produzir/vender/comprar/pagar”.³¹¹

Responsabilidade social é a atitude que se revela em benefício da sustentabilidade de pessoas, organizações e na utilização de tecnologias mais favoráveis as políticas de inclusão social bem como relacionadas a melhoria da qualidade de vida. Ademais, de outro lado, a busca do lucro a qualquer custo deve ser corrigida pelas instâncias administrativas e jurisdicionais consoante os ditames constitucionais, e tal metodologia exige um “desenlace pragmático” que condicione uma ação responsável, sustentada e inclusiva.³¹²

O alcance de tal função, que está associado ao direito empresarial, ao princípio normativo relativo ao caso concreto e à relação de produção objeto de incidência, ocorre por intermédio da movimentação responsável de instrumentos jurisdicionais e administrativos tendo em vista o enfoque pragmático ao lado da admissão da força de segmentos empresariais “empowerment”, ao contrário do pensamento nacional-desenvolvimentista segundo o qual apenas o Estado pode guiar o processo de crescimento e controle da sociedade.³¹³

O fato de a empresa ser bem sucedida afigura-se requisito prévio para qualquer ação social, considerando a disfunção social acarretada por empresas deficitárias que sucede uma prévia disfunção econômica, levada a efeito pela desconsideração de dados elementares sobre o estabelecimento da

310 GEVAERD FILHO, J. L. *Idem*, p. 199-200.

311 GEVAERD FILHO, J. L. *Idem*, p. 200.

312 GEVAERD FILHO, J. L. *Idem*, p. 200-201.

313 GEVAERD FILHO, J. L. *Idem*, p. 201.

empresa como (suficiência de aporte, provisão de capital de giro etc.” ou até mesmo pela intenção de fraudar o mercado), que são responsáveis pelo encerramento das atividades de 14% a 20% das empresas no primeiro ano e de 95% passados cinco anos.³¹⁴

A sustentabilidade constitui uma qualidade essencial da função econômica e existencial da empresa e não de uma “função social da empresa”. Com efeito, trata-se da característica de um processo que ao se prolongar no tempo mantém um modelo favorável de qualidade, apresenta autonomia no menor espaço de tempo possível, faz parte de uma rede de protagonistas também sustentável, bem como proporciona a difusão de estratégias e resultados considerando a harmonia das relações em sociedade.³¹⁵

É acentuada a competitividade notadamente por conta da globalização e a competição no mercado é vencida por empresas mais conhecidas e compreendidas não como perseguidora de lucros, pura e simplesmente, e sim de conteúdos éticos, de aumento auto-sustentado, com sucesso nos negócios a longo prazo, que concorrem para o desenvolvimento econômico e social, mantendo e atuando para um ambiente hígido e uma sociedade estável, ao mesmo tempo em que realiza a responsabilidade social, como co-autora do desenvolvimento da comunidade em que está inserta.³¹⁶

Internamente considerada, a sustentabilidade se refere ao conceito de atividade empresarial, limitada física e eticamente na dinâmica da organização dos fatores de produção, ou seja, ao planejamento e administração da incorporação empresarial na busca da reprodutividade de seus processos. Está associada, externamente, ao conceito de inclusão referente ao grau de universalização dos benefícios e resultados da empresa para trabalhadores, colaboradores, coletividade e mercado.³¹⁷

3 TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

314 GEVAERD FILHO, J. L. *Idem*, p. 202.

315 GEVAERD FILHO, J. L. *Idem*, p. 203.

316 GEVAERD FILHO, J. L. *Idem*, *ibidem*.

317 GEVAERD FILHO, J. L. *Idem*, p. 204.

A obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth intitulada “Access to justice: the worldwide movement to make rights effective”, traduzida para o português simplesmente como “Acesso à Justiça”, trata-se de um marco na efetivação dos direitos, o que por si só autoriza o seu estudo embora parcela de seu conteúdo já constitua realidade nacional.

Os sistemas jurídicos não são perfeitos, todavia, é preciso identificar para quem o Direito tem servido. O acesso à justiça significa a necessidade de tutela jurisdicional estatal para todos e processo justo para todos, considerando que os direitos previstos no ordenamento não são meras promessas e devem ser materializados.³¹⁸

A expressão “acesso à justiça” tem sido desenvolvida na medida da evolução do processo civil. No início, marcante o prisma individual dos direitos, o acesso à justiça como direito natural não carecia de tutela Estatal, de maneira que o Estado não busca a conscientização dos jurisdicionados no tocante aos direitos bem como não propicia a defesa necessária desses direitos. Ademais, o acesso formal à justiça implica igualdade formal entre os litigantes. Aliás, antigamente, as dificuldades financeiras existentes entre os contendores não era considerada, marginalizando-se a realidade.³¹⁹

Os direitos fundamentais necessitam ser efetivados, tendo lugar de destaque o enfoque relacionado à proteção adequada e do acesso à justiça como direito fundamental, de maneira que os juristas não podem permanecer amarrados ao discurso dogmático; é necessário considerar a realidade silenciada.³²⁰

O significado de efetividade não é preciso, podendo representar a “igualdade de armas”, “a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos às partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos.”.³²¹

A resolução da lide tem um alto custo, exigindo aparato Estatal além de expressiva despesa com honorários. Aliás, no “Sistema Americano”, a

318 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 7-8.

319 CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Idem*, p. 9-10.

320 CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Idem*, p. 11-13.

321 CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Idem*, p. 15.

situação se agrava porque o vencido não está obrigado a pagar os honorários do vencedor; as causas de menor valor são as mais intensamente afetadas pela custos porque o custo pode exceder o valor pleiteado. Em muitos países, a demora do processo é sensível, devido a inflação, de maneira que o custo do processo tende a aumentar, o que pressiona os economicamente débeis a desistir das ações ou aceitar acordos lamentáveis.³²²

A “possibilidade das partes” (Galanter) está relacionada com o acesso efetivo, tendo em vista que certos litigantes possuem vantagens sobre outros de difícil identificação. Com efeito, o poder econômico propicia a facilidade em ajuizar ou responder uma ação e a expressão “capacidade jurídica” deve estar relacionada com as possibilidades financeiras bem como com a ausência de conhecimento jurídico apto a ensejar a reivindicação ou defesa dos direitos.³²³

Quanto à presença em juízo, pode-se distinguir duas espécies de litigantes (Galanter), os “litigantes eventuais” (pouco presentes) e os “litigantes habituais” (muito presentes). Os litigantes habituais possuem vantagens sobre os litigantes eventuais: “1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidade de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros”.³²⁴ A solução da questão está relacionada a reunião de esforços para o desenvolvimento de planos a longo prazo.

322 CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. Idem, p. 15-20. Consoante o art. 3º da Lei n. 1.060/50 que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados: “A assistência judiciária compreende as seguintes isenções: I - das taxas judiciárias e dos selos; II - dos emolumentos e custas devidos aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça; III - das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais; IV - das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados; V - dos honorários de advogado e peritos. VI – das despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade.(Incluído pela Lei nº 10.317, de 2001). Parágrafo único. A publicação de edital em jornal encarregado da divulgação de atos oficiais, na forma do inciso III, dispensa a publicação em outro jornal. (Incluído pela Lei nº 7.288, de 1984).”

323 CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. Idem, p. 22-25.

324 CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. Idem, p. 25-26.

A questão da legitimidade ativa e da falta de organização dos titulares no tocante aos direitos difusos, “fragmentados”, também representam obstáculos ao acesso à justiça efetivo.³²⁵

As barreiras do acesso à justiça são mais notáveis nas causas de menor conteúdo econômico e nas “individuais”, entretanto, a busca do acesso à justiça efetivo é árduo porque a eliminação de alguns problemas pode significar a intensificação de outros, como na hipótese de eliminação do advogado para redução de custas que fatalmente acarreta a defesa precária dos interesses.³²⁶

Nos países ocidentais, pode-se inferir três estágios no tocante ao acesso à justiça efetivo; a “primeira onda” é representada pela assistência judiciária aos necessitados; a “segunda onda” está relacionada com a representação dos direitos difusos e a “terceira onda”, que abrange as outras duas vai muito além e denomina-se “enfoque de acesso à justiça”.³²⁷

O auxílio aos pobres já foi baseado num trabalho voluntário prestado por advogados sem contraprestação *munus honorificum*, sem qualquer intervenção estatal, todavia, entre 1919 e 1923, na Alemanha, o Estado passou a retribuir os advogados prestadores de assistência judiciária, o mesmo ocorrendo na França que passou, em 1972, a remunerar os advogados.³²⁸

O “sistema *judicare*” representa a possibilidade da prestação de assistência judiciária gratuita a qualquer pessoa nos termos da lei, sendo os advogados remunerados pelo Estado. No modelo britânico, constatada a procedência econômica e da matéria de fundo, o beneficiado pode optar pelo profissional por meio da consulta a uma extensa lista de advogados atraídos pela vultosa retribuição.³²⁹

Apesar de combater os custos, o “sistema *judicare*” revela-se insuficiente em outros aspectos, de maneira que os pobres (sem qualquer auxílio) devem identificar seus direitos e buscar ajuda. Assim, o sistema tem servido às

325 CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Idem*, p. 26-28.

326 CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Idem*, p. 28-29. Prevê a Lei n. 9.099/95 que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais: “Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.

327 CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Idem*, p. 31. Segundo o art. 134 da Constituição: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.”.

328 CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Idem*, p. 31-35.

329 CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Idem*, p. 35-37.

matérias mais conhecidas do “leigo” (família e criminal), persistindo a dificuldade no enfrentamento das organizações.³³⁰

O “sistema do advogado remunerado pelos cofres públicos” busca, por meio de salas com localização na vizinhança, a defesa dos interesses dos pobres (classe), compreendendo a conscientização dos direitos bem como a defesa dos interesses em juízo por advogado.³³¹

O modelo combinado entre o “sistema *judicare*” e o “sistema do advogado remunerado pelos cofres públicos” pode ir além, como ocorreu na Suécia que estendeu a assistência judiciária às classes médias bem como concebeu de maneira concomitante previdência privada e assistência judiciária, com vistas ao reembolso dos honorários do vencedor não assistido, de maneira a beneficiar o adversário do litigante pobre.³³²

A prestação de assistência judiciária exige um expressivo número de causídicos e valores vultosos, caso contrário, pobres serão os serviços oferecidos. Ademais, ela não é capaz de solucionar a questão relativa às pequenas causas, em razão da existência da sucumbência ou da natural aversão por parte dos advogados.³³³

A “segunda onda” está relacionada a representação em juízo dos interesses difusos porque o processo civil clássico não tolera a substituição processual. O desenvolvimento das decisões e as alterações legislativas apontam, no entanto, para a possibilidade de representação dos interesses difusos, que exigiu reformulações no tocante ao papel do juiz, da citação, do direito à audiência e da coisa julgada.³³⁴

Sob a influência da obra de Mauro Cappelletti, um grupo de juristas brasileiros apresentaram o anteprojeto para defesa dos interesses transindividuais (meio ambiente e patrimônio cultural) no I Congresso Nacional de Direito Processual Civil no Rio Grande do Sul em 1983, com opiniões de Barbosa Moreira no tocante às liminares.³³⁵

330 CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Idem*, p. 38-39.

331 CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Idem*, p. 39-43.

332 CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Idem*, p. 43-46.

333 CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Idem*, p. 47-49.

334 CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Idem*, p. 49-51.

335 Participaram da elaboração: Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*, p. 39.

Baseado no original, novo anteprojeto foi debatido e melhorado no Seminário Jurídico dos Grupos de Estudos do Ministério Público do Estado de São Paulo, com a ampliação para a defesa de “qualquer interesse difuso” e a introdução do inquérito civil, convertido na Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública).³³⁶

O parágrafo único do art. 81 do CDC conceitua os interesses transindividuais:

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

O conceito de “interesses difusos” está intimamente relacionado com o conceito de garantias institucionais. Com efeito, Cappelletti afirmou, em caráter inédito, que o interesse difuso é aquele a um só tempo público e privado, não sendo possível afirmar com relação a ele um dano suportado e um em prejuízo ocasionado. No entanto, o CDC define os direitos difusos com apoio exclusivamente na extensão subjetiva da lide (partes envolvidas) e não no seu objeto, revelando-se estéril a distinção entre interesses coletivos e difusos porquanto os efeitos da coisa julgada somente afetam os titulares da relação jurídica material.³³⁷

Existem direitos difusos quando presentes as garantias institucionais (proteção individual e coletiva determinável ou não) que não estão juridicamente (demandas para a proteção do interesse difuso) nem economicamente (devem representar utilidade para a coletividade) adstritas ao interesse individual. Além disso, consoante Cappelletti, interesse difuso é aquele em busca de autor e por isso é difuso e para a efetiva tutela dos interesses institucionais calha a inibição inicial ou cessação da lesão.³³⁸

336 Participaram: Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Junior. MAZZILLI, H. N. *Idem*, p. 40.

337 SALOMÃO FILHO, C. *Op. cit.*, p. 64-67.

338 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 69-71.

Os interesses dos consumidores, em geral, não são interesses difusos e esta afirmação de modo algum influencia o acesso à justiça porque as “novas formas de tutela dos interesses individuais homogêneos” e as ações coletivas constituem o mais eficiente instrumento de extensão do acesso à justiça, como por exemplo as *class actions* limitadas em nosso direito as relações de consumo.³³⁹

A tutela dos direitos difusos exige conhecimento de matérias fins como ciências contábeis, economia, saúde, urbanismo. O Ministério Público nem sempre oferece o suporte necessário e as agências públicas especializadas, igualmente, não são adequadas porque tendem à proteção de interesses organizados. O “Ombudsman do Consumidor” tem a finalidade de representação dos direitos difusos desde a consultoria até o efetivo auxílio.³⁴⁰

“A técnica do procurador-geral privado” representa a permissão da propositura de ações por parte dos cidadãos com o objetivo de atacar irregularidades (ação popular), por outro lado, “a técnica do advogado particular do interesse público” aponta para a necessidade identificação dos grupos, impondo a ordenação e enrijecimento deles bem como a necessidade da presença dos procuradores gerais organizacionais.³⁴¹

A *class action* possibilita por meio de um indivíduo a representação de uma classe, sem o empecilho da criação de uma organização, com efeito, há a reunião de pequenas causas que aumentam o poder de negociação, face ao montante da indenização pleiteada.³⁴²

A instituição do “advogado do interesse público” propicia a representação dos grupos com os benefícios de uma instituição permanente. Ademais, as sociedades de advogados do interesse público se diferenciam pela matéria e tamanho bem como são suportadas, em geral, por contribuições de natureza filantrópica e tendo sido alvo de ataques por conta da irresponsabilidade no tocante aos interesses que representam.³⁴³

Surgida do êxito dos advogados do interesse público nos Estados Unidos bem como das dificuldades financeiras enfrentadas na sua atuação, a

339 SALOMÃO FILHO, C. *Idem*, p. 72-73.

340 CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Op. cit.*, p. 51-53.

341 CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Idem*, p. 55-60.

342 CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Idem*, p. 60-61.

343 CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Idem*, p. 62-64.

“assessoria pública” assegura informação aos grupos permanentes, destacando-se o Escritório de Assessoria Pública dos Estados Unidos que dispõe de independência técnica e financeira, com a finalidade de proteger os interesses dos usuários das ferrovias em juízo.³⁴⁴

A conjugação simultânea da “assessoria pública”, com a sociedade de “advogados do interesse público” e com advogado público possibilita a superação da questão da representação dos interesses difusos.³⁴⁵

A “terceira onda” “centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”. Trata-se do chamado “enfoque do acesso à justiça”. As duas primeiras ondas são indispensáveis porém são insuficientes. O enfoque enseja uma gama de reformas legislativas, como a busca da adaptação do processo civil à lide e a mediação, para apaziguar relacionamentos.³⁴⁶

O direito à tutela jurisdicional não está circunscrito à obtenção de uma sentença de mérito. A tutela deve ser adequada e o direito processual constitui o instrumento para a efetivação do direito substancial. No entanto, o procedimento ordinário clássico baseado na neutralidade do julgador e na busca da certeza a ser declarada na sentença impede qualquer espécie de execução em seu bojo. Este modelo está baseado na tutela dos direitos patrimoniais sendo, por conseguinte, inapto a tutelar as demais situações existentes na sociedade³⁴⁷

A adequada e necessária tutela das situações existentes na sociedade prevista no art. 5º inc. XXXV da Constituição exige um feixe de processos (tutelas diferenciadas). Com efeito, no sentido horizontal, o conhecimento pode ser pleno ou parcial, e no sentido vertical o conhecimento pode ser exauriente, sumário ou superficial. A cognição parcial limita a alegação de determinadas matérias devendo sempre passar pelo crivo do devido processo legal substantivo.³⁴⁸

A limitação do conhecimento no plano vertical está relacionada aos juízos de verossimilhança (probabilidade) e não de certeza (verdade) e a

344 CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. Idem, p. 64-65.

345 CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. Idem, p. 65-67.

346 CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. Idem, p. 63-73.

347 MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. p. 1-10.

348 MARINONI, L. G. Idem, p. 11-16.

cognição sumária busca tutelar um direito ameaçado não produzindo, em regra, coisa julgada material. A cognição exauriente é, em princípio, sempre apta a dar ensejo a coisa julgada material.³⁴⁹

Relacionado ao binômio “custo-morosidade”, o acesso à justiça torna evidente a “falência” do processo civil clássico. A morosidade aliada à desconsideração da cognição sumária (considerando um processo de conhecimento universal) bem como uma inadequada execução de sentença fizeram proliferar as ações “cautelares” tendentes a realizar uma espécie de “sumarização processual”.³⁵⁰

349 MARINONI, L. G. *Idem*, p. 17-20. Baseado no direito líquido e certo, o mandado de segurança não admite dilação probatória, exceto no tocante a alegação de falsidade da prova documental e representa a “técnica da cognição exauriente secundum eventum probationis”. É “um processo que tem o exame do mérito condicionado à existência de provas aptas a revelar a cognição exauriente”. A improcedência do pedido não faz coisa julgada material consoante a Súmula 304 do STF. A ação monitória representa a “técnica da cognição exauriente por ficção legal conjugada com a cognição exauriente “secundum eventum defensionis” e visa evitar a cognição plena e exauriente quando presente a verossimilhança. De outro lado, na técnica dos títulos executivos extrajudiciais a existência do direito é presumida, ou seja, optou-se por sacrificar a segurança em nome da efetividade. MARINONI, L. G. *Idem*, p. 21-26.

350 MARINONI, L. G. *Idem*, p. 27-28.

CONCLUSÃO

O pluralismo brasileiro autoriza a adoção do método hermenêutico denominado “Constituição Aberta”, uma fórmula de organização do poder tendo em vista a proteção e a eficácia dos direitos fundamentais. A “eficácia privada” não se refere às garantias incapazes de afetar uma relação entre particulares, excluindo de plano os direitos fundamentais estritamente voltados ao Estado.

Com relação aos fundamentos da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não há no Brasil determinação constitucional expressa. No entanto, como ocorre em Portugal, a previsão constitucional não elimina o debate em torno das teorias que negam bem como das que afirmam a “eficácia perante terceiros” direta ou indireta.

Consoante o pensamento liberal clássico, os direitos fundamentais dirigir-se-iam à disciplina de relações públicas tendo o Estado como parte. No entanto, as agressões aos direitos fundamentais do cidadão não são originadas exclusivamente pelo Estado. Com efeito, poderes não-estatais colocam em risco a liberdade humana uniforme.

A questão central está na equação entre a proteção dos direitos fundamentais e a autonomia privada que dá origem a posicionamentos que priorizam um ou outro aspecto bem como autorizam a atuação mais incisiva ou comportada dos juízes. A discussão sobre a matéria da eficácia perante terceiros teve início com a Lei Fundamental de Bonn.

A definição de “empresa econômica” é indispensável para o conceito jurídico porque o Direito se afigura um retrato da vida em sociedade e no conceito de “empresa comercial” existe, sem sombra de dúvidas, conteúdo econômico.

Ao empresário cabe combinar os seus bens ou do proprietário, a força de trabalho do trabalhador ou a própria e o seu capital ou do capitalista nos serviços produtivos da agricultura, indústria e comércio, organizando e conduzindo a atividade, decidindo sobre a produção tendo em vista a demanda, assumindo os riscos do empreendimento na busca do lucro.

O sistema capitalista somente exige da empresa eficiência lucrativa e que na persecução do lucro, o sistema empresarial total produza ou faça circular bens ou serviços pautado pela livre concorrência. No entanto, não se pode conceber que este sistema realize, à margem do controle público, justiça social. O tema da função social é, por sua vez, controvertido.

É possível identificar pelo menos dois pontos de contato entre a eficácia privada dos direitos fundamentais e a “função social da empresa”:

1) o primeiro considera a influência dos direitos fundamentais no direito privado por intermédio do legislador (teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata), pressupondo a expressão “função social da empresa” como e cláusula geral.

2) o segundo relaciona a eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais, os deveres de proteção do Estado e a função social entendida como “deveres positivos”.

No tocante à aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, o “como” representa uma questão de construção e o “em que medida” uma questão de ponderação. A proteção dos direitos fundamentais reclama ações de todos os poderes instituídos. Na tutela de interesses não subjetivados, a imputação é difusa e não individual.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Título original: *Theorie der grundrechte*.

ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ASCARELLI, Tulio. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado. *Revista de Direito Mercantil*, n. 114, abr.-jun., 1999.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 104, out-dez, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990.

BESTER, Gisela Maria. *Direito constitucional: fundamentos teóricos*. São Paulo: Manole, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. Brasília: OAB Editora, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Traduzida por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A distinção estrutural entre princípios e regras e sua importância para a dogmática jurídica – resposta às objeções de Humberto Ávila ao modelo de Robert Alexy. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 12, n. 3, Out.-Dez., 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. revista, Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra:

Coimbra Editora, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1992.

_____. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre: SAFE, 1993.

1

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988. Título original: Access to justice: the worldwide movement to make rights effective.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de; NALIN, Paulo. Economia, mercado e dignidade do sujeito. *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; GEDIEL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; MORAES, Maria Celina Bodin (Orgs.). Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2002.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XXV, n. 63, jul.-set., 1986, p. 71-77.

_____. Estado, empresa e função social. *Revista do Tribunais*, ano 85, v. 732, p. 38-46, out. 1996.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CRUZ, Paulo Márcio. *Política, poder, ideologia e estado contemporâneo*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. *Fundamentos do direito constitucional*. Curitiba: Juruá, 2002.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.).

Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil à luz do novo código civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. (Coord.). *Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FARAH, Eduardo Teixeira. A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In: MARTINS-COSTA Judith Martins-Costa (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GEVAERD FILHO, Jair Lima. *Direito Societário: teoria e prática da função*. Curitiba: Genesis, 2001.

_____. *Responsabilidade social inclusão e sustentabilidade: vértices empresariais dos direitos fundamentais*. In: CANEZIN Claudete Carvalho (Org.) *Arte jurídica: biblioteca científica do programa de pós-graduação em direito civil e processo civil da Universidade Estadual de Londrina*, v. 1. Curitiba: Juruá, 2006.

GEVAERD, Jair; TONIN, Marta Marília. *Direito empresarial & cidadania: questões contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002.

GODOY, Luciano de Souza. *O direito à moradia como expressão da dignidade da pessoa humana: o acesso à casa própria por meio do mútuo imobiliário*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2002.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991.

_____. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Tradução de Ignacio Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Tradução de Aurélio Wander

Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 5. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira Lima. *Devido processo legal*. Porto Alegre: SAFE, 1999.

LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e direito privado: a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARCONDES, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970.

_____. *Questões de direito mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: SAFE, 1994.

MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*, 5. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. *Conceito pós-moderno de contrato: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

_____. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PRADO JUNIOR, Caio. *História econômica do Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1998.

_____. *Formação do Brasil contemporâneo*. São Paulo: Brasiliense, 1999.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: (Org.) *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto, (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 193-284.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1986.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo código civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*. 3. ed. rev. atual e aum. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *A experiência brasileira de Constituição Econômica*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 1989, a. 26, n. 102, abr.-jun.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003.

WIACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Traduzida por A. M. Botelho Hespana. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)