

MARIA DA GRAÇA HUMMEL BITTENCOURT

**LIVRE INICIATIVA – EXPRESSÃO DA GARANTIA
FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE ESCOLHA DA VIDA
ECONÔMICA**

**Osasco
2007**

MARIA DA GRAÇA HUMMEL BITTENCOURT

**LIVRE INICIATIVA – EXPRESSÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL À
LIBERDADE DE ESCOLHA DA VIDA ECONÔMICA**

Trabalho apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais do Centro Universitário FIEO – UNIFIEO, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Orientador: Professor Doutor Paulo Salvador Frontini.

Área de concentração: Direito.

Osasco
2007

BITTENCOURT, Maria da Graça Hummel.
Livre iniciativa – expressão da garantia fundamental à
liberdade de escolha da vida econômica / Maria da
Graça Hummel Bittencourt; orientação Prof. Dr. Paulo
Salvador Frontini. Osasco, 2007. 113 f.

Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Pós-
Graduação em Direito do UNIFIEO – Centro
Universitário FIEO

1. Livre iniciativa. 2. Empreendedor. 3. Capitalismo. 4.
Intervenção Estatal.

LIVRE INICIATIVA – EXPRESSÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL À
LIBERDADE DE ESCOLHA DA VIDA ECONÔMICA

MARIA DA GRAÇA HUMMEL BITTENCOURT

BANCA EXAMINADORA

NOME:

ASSINATURA:

Dissertação defendida e aprovada em: ____/____/____

Aos meus pais, apesar do pouco tempo que tivemos de convivência nesta vida, pelos exemplos de amor, de coragem, de força, de perseverança e de dedicação.

Ao meu marido e filhos pelo apoio e compreensão nas longas horas de ausência em suas vidas, durante este trabalho.

Agradecimentos

Ao meu orientador, Professor Doutor Paulo Salvador Frontini, pelo apoio, incentivo, paciência e confiança em meu trabalho.

A todos os docentes e profissionais que contribuíram para a minha formação.

À Professora Ana Paula Sebe Filippo, pelo firme incentivo para que eu realizasse o sonho de um dia ser Mestre em Direito.

Aos queridos amigos e colegas de Mestrado, pelo companheirismo e cumplicidade nas vivências alegres e tristes, pelo bom humor nas horas de meu mau humor e pelos exemplos de determinação e profissionalismo.

Às queridas Maiete de Barros e Sandra Maria Del Roio, pelo estímulo ao meu trabalho, característica das grandes e insubstituíveis amigas.

Ao meu irmão, Alexandre, pelo sorriso largo, carinho e dedicação, firmeza de caráter e personalidade, que se tornam exemplos a seguir.

Aos meus filhos, Felipe e Daniel, minhas maiores realizações nesta vida, pelo constante incentivo, demonstrando em suas atitudes o profundo orgulho da mãe que resolveu estudar novamente depois de tê-los visto crescer e tornar-se homens.

E, especialmente, ao meu companheiro de mais de trinta anos, Clovis, pelo constante apoio, por entender minhas ausências, pelas longas e deliciosas discussões diante do tema deste trabalho, pelo amor, orgulho e dedicação incondicionais a mim dedicados.

RESUMO

BITTENCOURT, Maria da Graça H. Livre Iniciativa – expressão da garantia fundamental à liberdade de escolha da vida econômica. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Centro Universitário Fieo – UNIFIEO.

Esta dissertação apresenta o resultado de pesquisas realizadas sobre os princípios norteadores da Ordem Econômica da Constituição Federal de 1988, disciplinada em seu artigo 170 e seguintes. Partindo do “Estado burguês” e culminando com o “Estado neoliberal”, chamamos a atenção para o princípio da Iniciativa Privada, em relação ao empreendedor e à política econômica do governo de atuação ou intervenção estatal na economia de mercado. Os sistemas capitalista e socialista são descritos em suas características históricas. A liberdade de empreender, de associação e o contrato como elemento essencial para a prática dessas liberdades são descritos. A propriedade privada e sua função social, a livre concorrência e o abuso do poder econômico, a atuação empresarial diante do consumidor, dos danos ambientais e a procura da redução das desigualdades regionais e sociais com o fim de efetuar a justiça social são analisados. A prática do desenvolvimento empresarial é relatada em temas como: Teoria da Empresa, empresário, profissional autônomo, profissional liberal e sociedades empresárias.

Palavras-chave: Livre Iniciativa, Empreendedor, Capitalismo, Intervenção Estatal.

ABSTRACT

BITTENCOURT, Maria da Graça H. Free enterprise – expression of a fundamental guarantee for freedom of choice in economic life. Master's Degree Dissertation, School of Law, Centro Universitário Fieo - UNIFIEO.

This paper presents the result of researches on the principles that guide the Economic Order in the Brazilian Federal Constitution of 1988 (starting with Article 170). Beginning with the bourgeois State and ending up with the neo-liberal State, we've focused our attention on the principle of Private Initiative, with reference to the entrepreneur and the economic policies established by the administration regarding government action or intervention in the free-market economy. Both the capitalist and the socialist systems are described in their historical traits. Freedom to endeavor, to associate, and the contract as an essential element for the practice of these freedoms are described. Private ownership and its social function, free market competition and economic power abuse, the actions of business enterprises in the face of customers and damages to the environment, and the quest to reduce regional and social differences aiming at social justice are analyzed. The practice of business development is reported in topics such as: Theory of the Enterprise, entrepreneur, self-employed worker, liberal professional, and business entities.

Keywords: Free Enterprise, Entrepreneur, Capitalism, Government Intervention

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	A ATIVIDADE ECONÔMICA	13
2.1	Sistema e modelo econômico da Constituição Federal	13
2.1.1	Sistema capitalista	15
2.1.2	Sistema socialista	20
3	A AÇÃO INTERVENCIONISTA DO ESTADO	27
3.1	A intervenção estatal no tempo	30
3.2	Intervenção estatal no modelo neoliberal	35
3.3	Atuação ou intervenção estatal	38
3.3.1	Agências reguladoras: a regulação econômica	41
3.3.2	A propriedade privada dos bens de produção	44
3.3.3	A liberdade de contratar	46
4	O SISTEMA PRODUTIVO DO BRASIL	48
5	A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO	55
5.1	Fundamentos constitucionais da livre iniciativa	59
5.1.1	Soberania nacional econômica	61
5.1.2	Propriedade privada e sua função social	63
5.1.3	Livre concorrência e abuso do poder econômico	67
5.1.4	Os princípios de integração	69
6	ESTRUTURAS DO DIREITO PRIVADO PARA O EXERCÍCIO DA LIVRE INICIATIVA	75
6.1	Liberdade de empreender	76
6.1.1	A liberdade empresarial de associação	80
6.1.2	O contrato como elemento de liberdade de associação	81
6.2	Empresários e sociedades empresárias	83
6.2.1	A empresa	84
6.2.2	A teoria da empresa	86
6.2.3	O empresário	89
6.2.4	O autônomo	92
6.2.5	O profissional liberal	93
6.2.5.1	A profissão liberal e seu aspecto histórico	93
6.2.6	Sociedades empresárias	102
	CONCLUSÃO	108
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	111

1 INTRODUÇÃO

No estudo que segue, procura-se dar uma visão do princípio da iniciativa privada, elencado na Constituição Federal em seus artigos 1º, IV e 170, *caput*¹, como expressão da garantia fundamental à liberdade de escolha da vida econômica.

A livre iniciativa é princípio fundamental e fica sujeito à disposição de cada cidadão nas diversas direções que ele se predispõe a tomar. Sua vida particular lhe diz respeito. Religião, profissão, associação de diversas formas, moradia, tipo de empreendimento, podem ser escolhidos pelo cidadão, sem que haja interferência do Estado. O Estado Democrático de Direito assim o exige. “A realização pessoal é direito de cada cidadão, cada qual é o juiz único de quais são seus objetivos pessoais. A busca pela felicidade corresponde a uma decisão íntima na esfera da privacidade”².

Após a promulgação da Constituição de 1988 o Brasil tomou características de Estado com modelo político neoliberal. Precisava mudar o modelo anteriormente adotado, pois a “globalização” impulsionava à mudança todos os Estados que quisessem se manter em desenvolvimento pleno e de acordo com as imposições negociais mundialmente adotadas. No neoliberalismo, a redução da intervenção ou atuação como instrumento de gestão política e econômica do Estado é esperada. Não deveria ser legítimo qualquer tipo de atuação estatal no controle de preços, por exemplo, à vista do princípio da livre concorrência, também exposto no art. 170, mas de fato, o princípio não tem caráter absoluto, podendo haver situações excepcionais de intervenção estatal. Essa possibilidade não se confunde com a idéia de que a livre iniciativa, decisão política fundamental do constituinte de 1988, deva submeter-se às decisões circunstanciais da conveniência política.

Devemos entender, no entanto, que o Estado não pode perder de vista a justiça social, princípio-fim da Ordem Econômica. E para tal, no novo liberalismo, o

¹ Essa é a dicção expressa dos artigos, *in verbis*:

Art. 1º. “A República Federativa do Brasil (...) tem como fundamentos:
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”

Art. 170. “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (...)”.

² FRONTINI, Paulo Salvador. Aula do Mestrado em Direitos Fundamentais da Unifiefio – 24/10/2006.

Estado toma para si as rédeas de controle do sistema econômico, direcionando-o para a perfeita justiça social e desenvolvimento econômico, princípio do novo capitalismo.

Embora a referência à livre iniciativa seja tradicional nos textos constitucionais brasileiros, a Carta de 1988 traz uma visão bem diversa da ordem econômica e do papel do Estado, em contraste com os modelos anteriores. Já não se concede como fazia a Carta de 1967/69³ em seu art. 163, que delegava ampla competência na matéria do legislador ordinário, ao qual era reconhecida até mesmo a possibilidade de instituir monopólios estatais. As exceções ao princípio da liberdade de iniciativa, portanto, haverão de estar autorizadas pelo texto da Constituição que o consagra. Não se admite que o legislador ordinário possa livremente excluí-la, salvo se agir fundamentado em outra norma constitucional específica.

O princípio da livre iniciativa pode ser decomposto em alguns elementos que lhe dão conteúdo, todos eles desdobrados no texto constitucional. Pressupõe a existência da propriedade privada, isto é, de apropriação particular dos bens e dos meios de produção (arts. 5º, XXII e 170, II). Integra igualmente o núcleo da idéia de livre iniciativa, a liberdade de empresa, conceito materializado no parágrafo único do art. 170, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização, salvo nos casos previstos em lei. Situa-se a livre concorrência, lastro para a faculdade de o empreendedor estabelecer os seus preços, que não de ser determinados pelo mercado, em ambiente competitivo (art. 170, IV). É também da essência do regime de livre iniciativa a liberdade de contratar, fundamento das demais liberdades.

A livre iniciativa, assim como os demais princípios, deve ser ponderada com outros valores e fins públicos previstos no próprio texto constitucional. Sujeita-se, assim, à atividade reguladora e fiscalizadora do Estado, cujo fundamento é a efetivação das normas constitucionais destinadas a neutralizar ou reduzir as

³ Art. 163. “São facultadas a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.”

distorções que possam advir do abuso da liberdade de iniciativa e aprimorar-lhe as condições de funcionamento. O princípio da liberdade de empresa corrige-se com o da definição da função social da empresa; o princípio da liberdade de lucro, bem como o da liberdade de competição, modera-se com o da repressão do abuso do poder econômico; o princípio da liberdade de contratação limita-se pela aplicação dos princípios de valorização do trabalho e da harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção; e finalmente, o princípio da propriedade privada restringe-se com o princípio da função social da propriedade.

A atividade econômica do sistema capitalista, ou seja, que vise lucro, é desempenhada por particulares. Hoje, a atuação empresarial por parte do Estado ou seus permissionários é realizada somente nos setores sociais e essenciais como: segurança, saúde, habitação, educação, infra-estrutura, saneamento, energia, comunicações, transportes.

No desempenho da competência de fiscalizador e regulador da atividade econômica desenvolvida pelo particular, o Estado deve editar normas coibindo os abusos contra o consumidor, prevenindo danos à natureza ou sancionando condutas anticoncorrenciais. Para tal deve utilizar-se do princípio da razoabilidade, mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa. É preciso que haja um nexó racional e razoável entre a regra que interferirá no mercado e a obediência desta, de forma a não desestimular a iniciativa privada, obstruindo assim o desenvolvimento econômico que gerará riquezas ao país.

Objetivando assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, é livre a iniciativa de empreender pelo particular, sendo que esta atividade obedecerá aos programas governamentais que promovam a redução da desigualdade ou que visem o pleno emprego. De outro lado, o Estado deverá criar mecanismos de incentivo que estimulem a iniciativa privada a auxiliar na consecução destes mesmos fins, procurando influir legitimamente nas condutas dos agentes econômicos, através de mecanismos de fomento, como por exemplo: incentivos fiscais, financiamentos públicos, redução de alíquotas de impostos.

A harmonia entre a iniciativa privada e o Estado está estabelecida nos ditames constitucionais. Mas será que o país através desta harmonização tem conseguido alcançar o pleno desenvolvimento ou será que com a ajuda da Carta atual só modernizou-se?

O escopo deste breve estudo é demonstrar a importância das normas que definem a política econômica da nação, presentes na Constituição Federal atual. Não só sua importância, mas seu enquadramento dentro do corpo constitucional, levando-se em consideração outras ramificações presentes na Carta Magna, posto não ser a ordem econômica uma matéria isolada e independente em nosso sistema jurídico.

2 A ATIVIDADE ECONÔMICA

2.1. Sistema e modelo econômico da Constituição Federal

O marco jurídico da transição para a democracia e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil, é a Constituição Federal de 1988.

Os direitos sociais foram expandidos e a disciplina da Ordem Social, cujos objetivos são o bem-estar e a justiça-social, foi separada da Ordem Econômica, fundamentada na livre iniciativa e livre concorrência. Os diversos princípios, fundamentos e valores adotados pela Carta Constitucional, fruto dos conflitos ideológicos presentes quando da sua elaboração, convergem para um sistema econômico capitalista e um modelo econômico misto, que ao mesmo tempo resguarda princípios de natureza liberal e ampara a atuação normativa e reguladora do Estado.

O princípio constitucional da livre iniciativa desenhou para a ordem econômica esta natureza liberal, diferenciando-a do neoliberalismo, expressão que teria sido utilizada, pela primeira vez, em discursos governamentais justificadores das medidas de reconstrução das estruturas da economia capitalista, abaladas pela crise mundial de 1929.

Como nos explica Fábio Ulhoa Coelho⁴:

O neoliberalismo é a forma de se acentuar que o dirigismo estatal, então implementado, não poderia ser confundido com a planificação econômica centralizada e o socialismo, experimentados na União Soviética.

Eros Grau⁵, citando a conclusão de Perry Anderson, em texto no qual faz um balanço do neoliberalismo nos diz:

Economicamente, o neoliberalismo fracassou, não conseguindo nenhuma revitalização básica do capitalismo avançado. Socialmente, ao contrário, o neoliberalismo conseguiu muito dos seus objetivos, criando sociedades marcadamente mais desiguais, embora não tão desestatizadas como queria. Política e ideologicamente, todavia, o neoliberalismo alcançou êxito num grau com o qual seus fundadores provavelmente jamais sonharam,

⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2007. p.186.

⁵ GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 48

disseminando a simples idéia de que não há alternativas para os seus princípios, que todos, seja confessando ou negando, têm de adaptar-se a suas normas.

Os fatos se sucedem, em nosso tempo, com enorme velocidade, reclamando a contínua atualização de quaisquer textos que tratem da relação entre Estado e Economia. Portanto, uma Carta Constitucional moderna como a de 1988 não poderia abraçar o neoliberalismo como ideal de desenvolvimento econômico.

Neste sentido nossa Carta Magna não só conceitua como liberal o modelo econômico que se funda na livre iniciativa, mas consagra também outros valores com os quais aquela deve compartilhar, como a defesa ao consumidor, a proteção ao meio ambiente, a função social da propriedade e os demais princípios elencados pelo artigo 170, como informadores da ordem econômica, bem como a valorização do trabalho como um dos fundamentos desta ordem, tentando refletir o conceito de que livre iniciativa não é mais que um dos elementos estruturais da economia.

O entendimento de José Afonso da Silva sobre o valor social da livre iniciativa, nos demonstra que hoje, a função social de uma empresa não é mais uma expectativa e sim uma realidade, quando relata:

(...) a realização da justiça social não se pode ter como um puro valor o lucro pelo lucro, hoje ficam subordinados à função social da empresa e ao dever do empresário de propiciar melhores condições de vida aos trabalhadores, exigidas pela valorização do trabalho⁶.

O sistema e o modelo econômico delineados pela Constituição de 1988 adotaram um sistema híbrido de princípios privados e públicos, que à primeira vista parecem contraditórios, quais sejam: inviolabilidade do direito de propriedade, livre iniciativa, livre concorrência, livre exercício de qualquer atividade econômica, função social da propriedade, desapropriação da propriedade por interesse social, planejamento central da economia, manutenção de monopólios estatais, exploração direta da atividade econômica pelo Estado, entre outros.

Notamos que a Constituição protege a propriedade privada de bens e produção, e admite a livre concorrência, na iniciativa privada, mas, no entanto, confere prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores

⁶ SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*, São Paulo: Malheiros, 2006. p. 39.

da economia de mercado, ao mesmo tempo em que limita a liberdade com fundamento na justiça social. Apesar de capitalista, abre caminho para transformações da sociedade com base em instrumentos e mecanismos sociais e populares.

Um sistema econômico é o conjunto de instituições destinado a permitir a qualquer grupo humano administrar seus recursos escassos com um mínimo de proficiência, evitando o quanto possível o seu desperdício.

Os sistemas distinguem-se uns dos outros pela afirmação de determinadas forças produtivas e determinadas formas de organização material da produção. O que distingue os sistemas, portanto, em última análise, é a natureza das relações sociais de produção, ou seja, a posição relativa dos homens em face dos meios de produção.

Os sistemas básicos que organizam a vida econômica são capitalismo e socialismo. O primeiro encontra-se fundamentado na propriedade privada de bens e produção, na livre concorrência, na iniciativa privada, funcionando de um modo geral nos Estados que não se orientam pelo tipo de economia coletivizada, e o segundo está fundamentado na propriedade coletiva dos meios de produção, implantado na extinta União Soviética e na China e durante muito tempo no Leste europeu.

2.1.1. Sistema capitalista

O capitalismo é o sistema econômico em que as relações de produção estão assentadas na propriedade privada dos bens em geral e tem por pressuposto a liberdade de iniciativa e de concorrência.

Este sistema aponta para a chamada economia de mercado, na medida em que são as próprias condições deste mercado que determinam o funcionamento e equacionamento da economia (liberdade). Há a necessidade de regular e equilibrar as relações econômicas, entre oferta e procura. Na economia de mercado os preços dos produtos, serviços e dos meios de produção são determinados pela proporção

entre a oferta e a respectiva procura, competindo ao Estado apenas garantir as condições para que esse sistema se desenvolva livremente.

Hoje é muito difícil vislumbrarem-se sistemas exclusivamente de mercado. A crise econômica do capitalismo levou ao abandono da crença de que o sistema de mercado seria um regulador de si mesmo. Assim, passou-se a admitir e até mesmo a exigir a intervenção do Estado, para manter o equilíbrio entre a livre iniciativa e livre concorrência.

Um capitalista é o dono dos meios de produção e compra a força de trabalho. É da associação dessas duas coisas que decorre a produção capitalista.

O Papa Bento XVI em uma de suas reflexões sobre os sistemas econômicos adotados pelos Estados⁷, em discurso proferido na abertura da 5ª Conferência Geral do Episcopado da América Latina e do Caribe, colocou:

Tanto o capitalismo como o marxismo prometeram encontrar o caminho para a criação de estruturas justas e afirmaram que estas, uma vez estabelecidas, funcionariam por si mesmas. Afirmaram que não só não havia tido a necessidade de uma moralidade individual prévia, mas que também elas fomentariam uma moralidade comum. E estas promessas ideológicas se mostraram falsas. O sistema marxista não só deixou uma triste herança de destruições econômicas e ecológicas, como também uma dolorosa destruição do espírito. E o mesmo vemos também no ocidente, onde cresce constantemente a distância entre pobres e ricos e se produz uma inquietante degradação da dignidade pessoal com a droga, o álcool e os sutis prazeres de felicidade. Aqui está precisamente o erro das tendências dominantes no último século, erro destrutivo, como demonstram os resultados tanto dos sistemas marxistas, como também dos capitalistas.

A crítica aos sistemas econômicos adotados pelos Estados, feita pelo Chefe do Vaticano, é compreensível:

O Capitalismo é entendido como um sistema econômico baseado na propriedade privada dos meios de produção e propriedade intelectual, e na liberdade de contrato sobre estes bens (livre mercado). Estes requisitos motivam às pessoas ao acúmulo de capital e a investir este capital em projetos que aumentam a eficiência produtiva, resultando num aumento do padrão de vida da sociedade. Isto porque os produtos e serviços, devido à maior eficiência decorrente do progresso tecnológico que, por sua vez, foi causado pelo investimento do capital acumulado, se tornam progressivamente mais fáceis de adquirir (mais baratos). É importante notar que o capitalismo não é um sistema imposto, pois ninguém é obrigado a

⁷ GALLAS, Daniel e GLYCERIO, Carolina. **O Papa no Brasil**, 2007. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2007/05/070513_discursobispoebc.shtml, em 14/05/07.

acumular capital. Ele apenas é o resultado natural numa sociedade que respeita a propriedade privada e a liberdade de contrato. Nesse tipo de sociedade as pessoas são altamente motivadas a empregar seu capital da forma mais eficiente possível, minimizando o desperdício, já que isso lhes é lucrativo. E, se ocorrer o contrário, ou seja, as pessoas investirem mal o seu patrimônio, desperdiçando produção, irão amargurar prejuízos. De maneira geral o tamanho do lucro/prejuízo é proporcional ao acréscimo/decrécimo de riqueza gerado no processo.⁸

A acumulação de bens, gerada pelo sistema capitalista, é uma agressão àqueles que defendem a divisão da propriedade e do capital entre a sociedade, caso da Igreja Católica Romana.

A propriedade privada já existia nas tribos judaicas. A Torá apresenta diversos exemplos. Os regimes teocráticos, por outro lado, seguiam um modelo mais próximo do feudal, com todas as terras pertencentes ao rei, e os seus súditos trabalhando nelas. O Código de Hamurabi também apresenta evidências da instituição da propriedade privada, o que faz crer que a existência de propriedade privada se confunde com a própria história.

O capitalismo moderno e, segundo muitos economistas, mais próximo do ideal, começa com a Revolução Industrial e as chamadas revoluções burguesas, marcadamente a Revolução Gloriosa inglesa, a Independência dos EUA e a Revolução Francesa.

No século XIX a economia capitalista vivia a fase do capitalismo competitivo, onde cada ramo de atividade econômica era ocupado por um grande número de empresas, normalmente pequenas, que concorriam intensamente entre si. O Estado quase não interferia na economia, limitando-se apenas à manutenção e ao funcionamento do sistema.

A partir da Primeira Guerra Mundial, o capitalismo passou por várias mudanças. Primeiramente, nos Estados Unidos, com o enriquecimento alcançado com a venda de armas aos países combatentes da Guerra, passa a ocupar um lugar de destaque no mercado capitalista. Mas em alguns ramos de atividade, o capitalismo deixou de ser competitivo para ser capitalismo monopolista de fato. Essa transformação deu-se através de dois processos principais: várias empresas foram à falência, as maiores compraram as menores e outras se unificaram (surge a

⁸ FURTADO, Celso. *Em Busca de Novo Modelo*. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 28.

sociedade anônima). As grandes empresas passaram a controlar sozinhas um mesmo ramo de atividade.

Com as grandes crises econômicas ocorridas principalmente entre 1929 e 1933, o Estado passou a interferir na economia exercendo influências decisivas em algumas atividades econômicas. Em alguns países o Estado passou a controlar os créditos, os preços, as exportações e importações, mas levando em conta os interesses das grandes corporações e dos países que ocupavam o centro do sistema.

O capitalismo do século XX passou a manifestar crises que se repetem a intervalos. Os períodos que as separam tornam-se progressivamente mais curtos. O desemprego, as crises nos balanços de pagamentos, a inflação, a instabilidade do sistema monetário internacional e o aumento da concorrência entre os grandes competidores caracterizam as chamadas crises cíclicas do sistema capitalista.

A partir do segundo terço do século XX, os Estados Unidos e a Inglaterra passaram a difundir a teoria neoliberal. Segundo essa teoria, para evitar futuras crises a receita seria privatizar empresas estatais que pudessem ser substituídas com vantagens pela iniciativa privada, aperto fiscal com o objetivo de zerar o déficit fiscal, controle da inflação, câmbio flutuante e superávits em comércio exterior.

Esta política passou por dois grandes testes no final do século: a crise dos países asiáticos e a crise da Rússia, que foram controladas com o auxílio do Fundo Monetário Internacional (FMI), não sem antes destruir quase metade de seus produtos internos brutos (PIB's). Contudo, não sendo capazes de produzir uma recessão mundial.

Até o presente momento, pelo menos no âmbito econômico, essa receita parece ter surtido efeito, uma vez que após a implantação desse modelo novas crises não aconteceram. No entanto, a desigualdade social e a concentração de riquezas nas mãos de poucos têm aumentando progressivamente, de maneira que aproximadamente um terço da população mundial vive em absoluto estado de miséria, principalmente nas regiões da América Latina, África, Oriente Médio, Sudeste Asiático e Leste Europeu.

No final do século XX e início do século XXI, com o advento da globalização, algumas empresas que exerciam monopólio funcional em nível regional começaram a enfrentar concorrência global e pressões maiores para se tornar atores do mercado globalizado.

Em função dessa concorrência passou a haver um período de grandes fusões, em que empresas de atuação regional se fundiram para enfrentar a concorrência global.

Houve também, em reação às fusões regionais, grandes aquisições, em que empresas globais adquiriram empresas regionais, como forma de entrar rapidamente nestes últimos mercados.

Grandes empresas do mundo passaram a oferecer a seus empregados, antecipando a ação de sindicatos e governos, vantajosos benefícios, como redução de jornada de trabalho, participação nos lucros, ganhos por produtividade, salários acima da média do mercado, promoção à inovação, jornada de trabalho flexível, flexibilização de jornada para mulheres com filhos, participação societária para produtos inovadores desenvolvidos com sucesso, entre outros.

Ao contrário do princípio do capitalismo, quando se acreditava que a redução de custos com recursos humanos, e sua conseqüente exploração, traria o maior lucro possível, passou a vigorar a tese de que seria desejável atrair os melhores profissionais do mercado e mantê-los tão motivados quanto possível e isso tornaria a empresa mais lucrativa. No entanto, o número de funcionários que se enquadram neste modelo é insignificante diante de toda a massa trabalhista mundial, que em sua maioria ainda trabalha em condições muito precárias.

O capitalismo verde surge como referência mundial. Trata-se da teoria de que preservar o meio ambiente, ser socialmente responsável, interagir na comunidade em que se está inserido trazendo satisfação aos clientes, diferencia a empresa em relação à concorrência e conseqüentemente amplia os seus lucros.

Há uma tendência para adoção desse modelo em grandes empresas ocidentais, desde que tais medidas não prejudiquem a economia global, independentemente do mal que a degradação ambiental possa causar ao planeta.

Outra alteração do sistema econômico regional que tomou a comunidade global de surpresa foi a de que a China se tornou uma economia com tendências ao neoliberalismo, sendo reconhecida por muitos Estados (inclusive o Brasil) como uma economia de mercado – portanto, capitalista.

Ao contrário das outras economias capitalistas, principalmente as ocidentais – que utilizam o livre mercado com pouca intervenção do Estado na Economia, a não ser para funcionamento do sistema – a China continua sendo um Estado autoritário e com parte de sua economia planificada.

2.1. 2. Sistema socialista

A sociedade capitalista gera contradições: o crescimento do número de proletários e a redução do número de capitalistas, devido à competição monopolista. O proletariado deve tomar o poder político pela força, instituir um poder ditatorial temporário para retirar os meios de produção à burguesia e, posteriormente, estabelecer uma sociedade igualitária. Deste modo constrói-se uma sociedade socialista, baseada não na repartição igualitária da propriedade, mas na propriedade coletiva dos meios de produção. Para Marx, a vitória do proletariado parecia segura⁹.

O Socialismo clássico seria, teoricamente, um sistema político em que todos os meios de produção pertencem à coletividade, não existindo o direito à propriedade privada, as desigualdades sociais seriam pequenas e a taxa de analfabetismo chegaria a quase 0%, pois seria um sistema de transição para o comunismo – onde não existiria mais Estado nem desigualdade social - portanto o Estado socialista deveria diminuir gradualmente até desaparecer.

Surgiria assim um Estado diferenciado, chamado por Eros Grau¹⁰ de “Terceiro Estado”: a burguesia, que se apropriaria do Estado e é a seu serviço que este põe o direito, instrumentando a dominação da sociedade civil pelo mercado. O Estado, que inicialmente regulava a vida econômica da Nação para atender às necessidades ditadas pelas suas finanças, desenvolvendo políticas mercantilistas (capitalismo), passou a fazê-lo para assegurar o *laissez faire* e, concomitantemente, prover a proteção social, visando à defesa e preservação do sistema.

⁹ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13.

¹⁰ GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 31.

Ao longo de décadas, o chamado Socialismo foi associado por alguns ao totalitarismo e ao desrespeito a certos direitos humanos.

O desafio que enfrentam alguns teóricos de hoje é associar a idéia de socialismo à democracia e devolver valores humanísticos em seus ideais, que, apesar de serem incluídos na teoria marxista original, nunca foram postos em prática.

De fato, atualmente, muitas correntes de pensamento divergem acerca do socialismo. Algumas não crêem que as experiências tachadas de socialistas (URSS sendo o maior exemplo) possam realmente ser assim consideradas por não terem se mantido fiéis à proposta dos pensadores originais, já que os meios de produção pertenciam ao Estado controlado por burocratas e não ao povo trabalhador. Além disso, o Estado aumentou ao invés de diminuir e ainda havia salários e, portanto, a expropriação da mais valia, fonte de lucro da burguesia. Desse modo, não acabou a exploração, havendo somente a mudança de explorador, conservando os mesmos instrumentos de exploração do capitalismo.

As diferentes teorias socialistas surgiram como reação ao quadro de desigualdade, opressão e exploração que enxergavam na sociedade capitalista do século XIX, com a proposta de buscar uma nova harmonia social por meio de drásticas mudanças, como a transferência dos meios de produção das classes proprietárias para os trabalhadores. Uma consequência dessa transformação a longo prazo seria o fim do trabalho assalariado e a substituição do mercado por uma gestão socializada ou planejada, com o objetivo de adequar a produção econômica às necessidades da população, assim chegando ao comunismo. Tais mudanças exigiriam necessariamente uma transformação radical do sistema político. Alguns teóricos postularam a revolução social como único meio de alcançar a nova sociedade. Outros, como os social-democratas, consideravam que as transformações políticas deveriam se realizar de forma progressiva, sem ruptura, e dentro do sistema capitalista.

No aspecto político, o socialismo, tal qual qualquer sistema econômico, tem um Estado para garantir o domínio da classe proprietária sobre as demais (ex.: o feudalismo tinha uma estrutura estatal que garantia o domínio dos senhores feudais;

o capitalismo, tem uma estrutura estatal que garante o domínio dos proprietários/capitalistas).

O Estado socialista caracteriza-se pelo domínio dos trabalhadores. Mas, como todo Estado, ele tem formas diferentes de relações entre as diversas instituições. Podemos definir basicamente duas formas de regime num Estado socialista: as democracias operárias e os Estados Operários Burocráticos.

As democracias operárias caracterizaram-se por um alto controle dos trabalhadores sobre a planificação econômica (controle operário); a criação de mecanismos de controle pela base; a fusão dos poderes executivos e legislativos; a revogabilidade permanente dos mandatos, indicados pelos organismos de base; a eleição direta via organismos para todos os cargos (inclusive militares), com cláusulas de impedimento de reeleição; separação do Estado e partido; ampla liberdade entre os trabalhadores para expressarem suas posições, à exceção dos casos de sublevação armada; o comunismo propriamente dito.

Os regimes de Estado Operário Burocrático eram caracterizados pelo domínio de uma casta burocrática; a supressão, ou manutenção apenas na forma, dos organismos de base; a planificação por essa burocracia, sem controle operário; e alta hierarquização no serviço público; fusão de Estado e partido; supressão da liberdade de imprensa. “O governo de um Estado socialista está na situação do capitalista, mil vezes mais ampla; ou seja, ele é o único dono do capital”¹¹.

O primeiro tipo de Estado socialista (controle operário) pode ser encontrado como experiência histórica no processo conhecido como Comuna de Paris, em 1871, e no Estado Russo pós-revolução de outubro (1917) até a ascensão de Stálin. O segundo (Estado Operário Burocrático), no Estado Russo a partir de Stálin, na China, Coréia do Norte, Cuba, e no Leste Europeu.

É interessante observar que os dois regimes não são tão semelhantes como era de esperar (já que ambos recebem o rótulo de socialistas) e que o Estado Operário Burocrático foi duramente criticado e rechaçado por Trotsky¹², um

¹¹ HUBERMAN, Leo. *História da Riqueza do Homem*. 21ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986, p. 252.

¹² HUBERMAN, *idem*, p. 181.

conhecido pensador socialista. Esse exemplo serve bem para ilustrar como o pensamento socialista pode tomar formas diferentes e freqüentemente conflitantes.

A inexistência das classes sociais, as necessidades de todas as pessoas supridas, a ausência do Estado foram ideais que vieram na esteira do socialismo, o anarquismo. Os movimentos comunista e marxista surgiram e ganharam forte atuação no século XIX, em meio aos efeitos sociais da Revolução Industrial. Foram ambos contestadores da ordem liberal burguesa e do Estado garantidor das condições trabalhistas da época, coincidindo, também, quanto ao ideal comunista-marxista: o fim das divisões de classes, da exploração e até mesmo do Estado.

A despeito dessas semelhanças (de origem, alguns alvos de atuação e objetivos finais), divergiam quanto ao caminho a ser seguido para alcançar a utopia comunista. Para os marxistas, deveria haver uma fase intermediária socialista; a ditadura do proletariado, um Estado revolucionário que construiria as condições viabilizadoras do comunismo, tais como lidar com os movimentos contra-revolucionários que viessem a surgir na transição. Os anarquistas, ao contrário, pensavam construir o comunismo imediatamente, erradicando não apenas as classes, as instituições e as tradições, mas sobretudo o Estado.

Na segunda metade do século XIX, durante o século XX, e ainda no século XXI, as diferenças prevaleceram sobre as semelhanças, promovendo entre os movimentos socialistas, uma convivência de choques e divergências nas suas lutas contra a ordem estabelecida.

Após a queda do muro de Berlim, o comunismo foi considerado morto por vários pensadores, intelectuais e pela mídia. O marxismo manteve-se sob outras formas, como na China, com Mao Tsé-Tung, em Cuba, com Fidel Castro, e, mais duramente, na Coréia do Norte, com Kim Il-Sung e o seu filho, Kim Jong-Il. Segundo alguns pensadores, mais como uma referência filosófica e política geradora de alguma polêmica do que propriamente um ente político de largo espectro, pois se teria limitado ao nível de governo, deixando o povo com relativa liberdade de acordo com cada norma vigente no respectivo país. O marxismo mantém-se, contudo, como

uma referência filosófica e política que não deve ser desprezada no contexto da globalização.

Os seguidores desta doutrina política defrontam-se, entretanto, com as novas realidades históricas que têm originado movimentos reformadores que pretendem repensá-la. O projeto de instauração de uma sociedade comunista ainda é defendido por diversas correntes e pensadores, alguns mantendo a concepção que inspirou a Revolução Bolchevique, o leninismo e outros, fazendo revisão ou aderindo às correntes comunistas anti-leninistas. O socialismo continuou de outra maneira em diversos países do mundo.

Desde a sua difusão, o comunismo marxista-leninista recebeu oposição, tanto da esquerda quanto da direita política. Vários críticos atribuem ao comunismo episódios de violação de direitos humanos observados durante o século XX, como o genocídio ucraniano na União Soviética ou o massacre de um quarto da população do Camboja sob o regime de Pol Pot.

Segundo Sérgio Buarque de Holanda, “O aumento do Estado interfere no crescimento econômico de várias maneiras, reduzindo os investimentos, prejudicando a produtividade e ampliando a economia informal”¹³.

Uma das razões fundamentais pelas quais o inchaço do Estado resulta em menor crescimento é a de que o setor público é menos produtivo que o privado. No setor público, ao contrário do privado, não há os incentivos do lucro e da concorrência, o desempenho e a remuneração não estão normalmente condicionados ao cumprimento de metas, a incorporação de avanços tecnológicos é mais lenta, decisões equivocadas demoram mais a ser corrigidas e contratações, promoções e recolocações são influenciadas por considerações políticas.

Diante das reflexões acima, como podemos admitir no mundo globalizado do fim do século XX e início do XXI que o Estado detenha o poder exclusivo da economia política de um país? O Estado, grande e monopolizador de todos os setores, inclusive, e principalmente do econômico, é um obstáculo ao desenvolvimento.

¹³ HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 187.

Mas, quando nos deparamos hoje com notícias como:

No setor industrial a China ultrapassou seus maiores concorrentes se tornando a maior potência industrial do mundo contemporâneo, e em alguns setores de ponta como computadores, eletrodomésticos e aço a China já é de longe o maior produtor e consumidor mundial. Na mineração o país se tornou o maior produtor de carvão com mais de 1,7 bilhão de toneladas aumentando em muito também a produção de petróleo e ferro (1º do mundo)¹⁴.

Ficamos perplexos.

A Constituição da República Popular da China data de 1982. O Estado chinês é uma democracia popular de partido único (Partido Comunista da China). O Parlamento chinês é unicameral, Assembléia Popular da China. A política de desenvolvimento oriental chinesa surgiu no decorrer dos últimos 30 anos.

Com o efetivo populacional da China, o país precisou fazer reformas profundas em sua economia política para obter um desenvolvimento sustentável. O regime hoje equilibra um grande sistema capitalista com um sistema comunista-ditatorial extremamente retrógrado; alvo de fortes críticas internacionais, principalmente por seu modelo trabalhista e de numerosos conflitos regionais, especialmente em relação ao Tibete e às regiões com predominância de etnias muçulmanas.

Os primeiros anos do regime comunista chinês (1949 a 1970) foram voltados para a reconstrução do país. O primeiro passo foi atender ao consenso formado pelos moradores do campo, a reforma agrária. Além disso, o controle pelo Estado da economia foi implantado, a inflação foi controlada e os direitos sindicais foram ampliados modestamente.

Após muitas crises e inclusive a Revolução Cultural chinesa liderada por Mao Tse Tung (1966), em 1984, o governo propôs aplicar o princípio de dois sistemas econômicos em paralelo, o sistema centralizado e comunista e o sistema de mercado livre de capitais, embora sujeito a controle por parte das autoridades governamentais. Foi uma surpresa para o mundo econômico.

¹⁴ VICENTINI, Paulo. *O Estado de S. Paulo*, Caderno de Economia Internacional, em 18/03/07.

O princípio diz que, após a reunificação, apesar da prática do socialismo na China continental, Hong Kong e Macau, que eram antigas colônias do Reino Unido e de Portugal, respectivamente, poderiam continuar a praticar o capitalismo sob um alto nível de autonomia por 50 anos após a reunificação.

O estabelecimento dessas regiões, chamadas de Regiões Administrativas Especiais (RAEs), é autorizado pelo Artigo 31 da Constituição da República Popular da China, que diz que o Estado pode estabelecer RAEs quando necessário, e que os sistemas a serem instituídos nelas deve ser decidido por lei decretada pela Assembléia Popular Nacional.

Para o sistema socialista, o poderio estatal é usado nos interesses da classe dominante, em nossa sociedade, isso significa nos interesses da classe capitalista. A classe que domina economicamente, que possui os meios de produção, também domina politicamente.

O presidente dos Estados Unidos, Woodrow Wilson, em 1913 escreveu:

Os fatos da situação são os seguintes: um número relativamente pequeno de homens controla a matéria prima deste país; um número relativamente pequeno de homens controla a força hidráulica, o mesmo número de homens controla em grande parte as ferrovias, e por acordo entre si, controlam os preços, e o mesmo grupo controla os maiores créditos do país. Os donos do governo do país são os capitalistas e industriais dos Estados Unidos¹⁵.

Adam Smith também se expressou: “Sempre que a legislatura tenta regulamentar a diferença entre os senhores e seus trabalhadores, seus conselheiros são sempre os senhores”¹⁶.

O movimento socialista/comunista do meio do século XIX, idealizado por Marx e Engels, acabou sendo transformado e modernizado. Os Estados que aderiram ao sistema para acompanhar o desenvolvimento global tiveram de se modernizar. O Estado grande é um obstáculo ao crescimento econômico, pressuposto ideológico dos liberais que vem sendo confirmado pela pesquisa econômica mundial dos últimos anos. O inchaço do Estado cria uma relação firme com a estagnação.

¹⁵ HUBERMAN, Leo. *História da Riqueza do Homem*. 21ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986, p. 210.

¹⁶ HUBERMAN, *idem*, p. 211.

3 A AÇÃO INTERVENCIONISTA DO ESTADO

Atualmente é muito difícil vislumbrarem-se sistemas exclusivamente de mercado. A crise econômica do capitalismo levou ao abandono da crença de que o sistema de mercado seria um regulador de si mesmo. Assim, passou-se a admitir e até mesmo a exigir a intervenção do Estado, para manter o equilíbrio entre livre iniciativa e livre concorrência, dentro de um sistema capitalista.

Não se justifica a existência do Estado a não ser para a intervenção na vida dos indivíduos, seja em suas atividades econômicas, políticas, sociais e até mesmo em seus relacionamentos privados. Assim, a existência do Estado implica necessariamente a intervenção.

A existência de um modelo de Estado regulador não constitui uma novidade no Brasil, apesar de muitos preferirem qualificá-lo de Estado planejador ou Estado desenvolvimentista¹⁷.

No processo de desenvolvimento do sistema capitalista, o Estado planejador ou desenvolvimentista surge em países periféricos a partir da necessidade de industrialização. Em geral, esses países são de industrialização tardia e não conseguem criar, no contexto de organização política e atuação da classe empresarial nacional, poupança interna para o desenvolvimento da economia de forma não dependente do capital externo. É certo que a compreensão do fenômeno do planejamento econômico no Brasil implica a análise das economias subdesenvolvidas que passaram por processos de industrialização tardia e a percepção de suas características particulares. Contudo, é necessário ir além de uma explicação vinculada apenas ao fenômeno do planejamento econômico e, igualmente, que não se restrinja tão-somente à participação direta do Estado no setor produtivo de bens e serviços com o objetivo de conduzir o desenvolvimento econômico. Isso porque a principal característica do Estado planejador no Brasil é

¹⁷ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 9.

de ordem política, que toma como foco de análise a dinâmica política da relação entre Estado e sociedade.

A ação regulatória ou intervencionista do Estado pode ser considerada como um conjunto de técnicas administrativas de intervenção sobre a economia. Ao definir o conteúdo da intervenção a ser aplicada, a Administração pode escolher diferentes técnicas para gerar efeitos sobre a economia. Cada técnica tem uma lógica própria que está relacionada ao tipo de estrutura ou relação econômica a ser regulada e aos objetivos da regulação, considerando os efeitos almejados (política industrial, correção de “falhas de mercado”, estímulo ao desenvolvimento regional, estímulo à concorrência). Adota-se genericamente a expressão “regulação” para caracterizar qualquer forma de intervenção do Estado sobre a economia. Nesse sentido, formas de planejamento econômico ou formas de correção de “falhas de mercado”, por exemplo, podem ser consideradas técnicas administrativas distintas de regulação da economia ou intervenção econômica do Estado na livre iniciativa.

A disciplina jurídica da exploração de atividade econômica tem sido objeto de dois diferentes níveis de abordagem. De um lado, temas como controle de preços, a intervenção do Estado na economia, a fiscalização da localidade da atividade, o controle da segurança de uso dos imóveis comerciais e industriais, a tutela do meio ambiente, e outros, têm atraído a atenção de estudiosos de diversos sub-ramos do direito público, como o urbanístico, ambiental, econômico, tributário e administrativo. De outro lado, as relações obrigacionais envolvendo apenas exercentes da atividade econômica e particulares, incluindo concessão de créditos, as relações entre os sócios de um empreendimento, o concurso de credores em caso de insolvência, constituem objeto de estudo de sub-ramos do direito privado, assim, o civil, comercial, cambiário e industrial.

A delimitação dos limites de cada nível de disciplina jurídica torna-se uma tentativa infrutífera. Os princípios básicos para a operacionalidade das normas de cada um desses grandes ramos do direito é que nos proporcionam condições para a solução dos conflitos. “Em sede do regime de direito público se pode cogitar dos

princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, para o regime de direito privado, ressaltam-se os da autonomia privada e da igualdade”¹⁸.

Na concepção jusnaturalista, a faculdade de os particulares regularem seus próprios interesses, através de negócios jurídicos celebrados livremente, aparece como atributo natural dos homens, que a ordem positiva apenas deveria reconhecer e assegurar. A vontade humana, nesse contexto, é a fonte dos direitos.

Com a evolução das idéias políticas e jurídicas, a partir da era moderna, a possibilidade de auto-regulação dos interesses passa a ser entendida, em certa medida, não mais como direito natural, mas, sim, como faculdade outorgada pelo direito positivo. Assim, limita-se o seu exercício aos quadrantes definidos pela ordem jurídica. Largos, durante períodos de liberalização econômica, e estreitos no decorrer de processos de intervenção do Estado capitalista na economia, tais quadrantes estabelecem as balizas dentro das quais atua a vontade dos particulares.

O princípio da autonomia privada experimenta sucessivas redefinições e revela o seu caráter histórico proveniente das lutas de classes.

A intervenção econômica importou a restrição da margem de livre atuação da vontade particular. O ideal socialista de planificação estatal da economia devia ser pelo menos controlado, e isto, no plano jurídico, representou o aumento da regulação dos interesses econômicos pela interferência da ordem positivada, externa à vontade das pessoas diretamente envolvidas. Os contratos-tipos e a função social da propriedade, por exemplo, tornam-se novos conceitos jurídicos. Não poderia o Estado permitir que o sistema socialista ou comunista se instalasse. A vontade dos particulares foi eficaz na regulação dos próprios interesses apenas nos limites tolerados pela dinâmica da luta de classes, em termos meramente formais, não importando a etapa histórica das idéias econômicas e jurídicas. A autonomia da vontade sempre atuou nas raias traçadas pela ordem positiva, fossem elas mais ou menos largas. Apesar das limitações experimentadas historicamente, o

¹⁸ COELHO, *idem*, p. 10.

reconhecimento de eficácia jurídica, na regulação dos interesses particulares pela vontade de seus próprios titulares, sempre se fundamentou numa considerável gama de obrigações.

Disserta-nos Fábio Ulhoa Coelho:

O princípio da autonomia da vontade significa que as pessoas podem dispor sobre seus interesses, através de transações com as outras pessoas envolvidas. Estas transações, contudo, geram efeitos jurídicos vinculantes, se a ordem positiva assim o estabelecer¹⁹.

Portanto, a autonomia da vontade é limitada pela lei.

Empregador e empregado, empresário e consumidor, franqueador e franqueado, atacadista e varejista não se encontram no mercado em igualdade de condições, assim, a ordem jurídica, reinterpretando o princípio da isonomia, tem criado mecanismos desiguais formalmente, entre os agentes econômicos, de modo que atenua as diferenças reais.

A hipossuficiência do empregado, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, o estatuto da microempresa, entre outros, são manifestações do novo perfil da igualdade entre os particulares que rege o direito privado. A idéia de igualdade como exclusão de privilégios, transforma-se em equalizador de pretensões de sujeitos desiguais, tendo assim que: o princípio da igualdade, para fins de disciplina das relações entre pessoas privadas, significou no passado a proibição de privilégios. Atualmente, significa o amparo jurídico ao economicamente mais fraco, para atenuar os efeitos da desigualdade econômica.

3.1. A intervenção estatal no tempo

Não é possível isolar o estudo dos fenômenos econômicos de seu quadro histórico. A observação é particularmente pertinente com respeito a sistemas econômicos heterogêneos, social e tecnologicamente, como é o caso das

¹⁹ COELHO, *idem*, p. 11

economias subdesenvolvidas, ou contemporaneamente designadas como “em desenvolvimento”.

Eros Roberto Grau²⁰, segundo nosso primeiro constitucionalista, Pimenta Bueno (em 1958), assevera que:

Inibir direta ou indiretamente a faculdade de livre contratar é não só menosprezar esta liberdade, mas atacar simultaneamente o direito que o homem tem de dispor de seus meios e recursos como de sua propriedade. Os contratos devem ser entregues à vontade das partes, essa é a verdadeira lei, a razão de sua existência e o princípio e regra de sua interpretação. A plenitude da garantia da propriedade não é só justa, como reclamada pelas noções econômicas, e pela razão política dos povos livres; na colisão, antes o mal de alguma imprudência do proprietário, do que a violação do seu livre domínio.

A Constituição do Império, no seu artigo 179, dispunha:

XXIV - Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança, e saúde dos cidadãos.

XXV - Ficam abolidas as Corporações de Offícios, seus Juizes, Escrivães e Mestres.

XXII - É garantido o direito de Propriedade em toda sua plenitude (...).

A intervenção não deixou de ser mencionada em nossa primeira Constituição, porém nos seguintes termos:

Art. 71. A Constituição reconhece e garante o *direito de intervir* todo o cidadão nos negócios da sua Província, e que são imediatamente relativos a seus interesses particulares.

Vimos que desde a passagem do século XIX para o século XX, já no sistema capitalista, fundamentalmente, a função de produção do direito e segurança foi afirmada pelo Estado. Este mesmo Estado não poderia interferir na ordem natural da economia. Estado e sociedade existem separadamente um do outro, o que, na opinião de Eros Grau²¹, não é correto.

²⁰ GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, *Op. cit.*, p. 19.

²¹ *Idem*, p. 18.

O Estado moderno nasce sob a vocação de atuar no campo econômico. Passa por alterações, no momento histórico anterior onde o seu modo de atuar voltado à constituição e à preservação do modo de produção social capitalista, se adapta posteriormente e adota regras à substituição e compensação do mercado. Neste momento o Estado garante o sistema de direito civil, com as instituições básicas da propriedade e da liberdade de contratar; protege o sistema de mercado contra efeitos secundários autodestrutíveis, jornada especial de trabalho, legislação antitruste, estabilização do sistema monetário, assegura as premissas da produção dentro da economia global, tais como educação, transportes e comunicações; promove a capacidade da economia nacional para competir internacionalmente – nas políticas comercial e aduaneira, e se reproduz mediante a conservação da integridade nacional, no exterior com meios militares e, no interior, mediante a eliminação paramilitar dos inimigos do sistema.

Nesta época também o sistema jurídico é adequado a novas formas de organização empresarial, de concorrência e de financiamento (por exemplo, através da criação de novas instituições no direito bancário e empresarial e da manipulação do sistema fiscal), sem, porém, conturbar a dinâmica do processo de acumulação²². Quando o Estado precisou intervir no processo produtivo, o fez, depois de provada a debilidade das forças motrizes econômicas, substituindo o processo produtivo da acumulação pelo de inversão, que seria a demanda estatal de bens de uso improdutivo, seja através da criação de novas formas de produzir mais-valia, progresso techno-científico ou mesmo na eliminação de excedente produzido. O objetivo desta intervenção seria o de eliminar o excesso, pois em uma economia de abundância, onde a produção ultrapassa o consumo, isso pode ser feito apenas através da eliminação dos excedentes como noticiado no New York Times em 3 de julho 1936:

BRASIL DESTRUIRÁ 36% DA COLHEITA DE CAFÉ
Fazendeiros receberão 5 mil-réis por saca pelas 6.600.000 sacas apreendidas pelo governo.

²² O processo de acumulação opera como elemento propulsor de um sistema de forças sociais de grande complexidade. Seria a possibilidade de criar grandes unidades produtivas que levariam à formação de vastos conglomerados de trabalhadores com interesses comuns, abrindo a porta a novas formas de ação política. FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 63.

RIO DE JANEIRO, 2 de julho - Calculada em 22 milhões de sacas a colheita do café em 1936-1937, além de mais de 4 a 5 milhões que restam da safra anterior, o Departamento Nacional do Café determinou que 30% desse total fossem destruídos. Está pagando aos plantadores 5 mil-réis por saca, pela destruição.²³

O processo de acumulação distorceu-se ao longo do tempo. Grupos organizados de certas parcelas do capital e da classe operária procuraram se impor pelas vias políticas. O Estado surge como um setor (público) estranho ao sistema, pois assumiu efeitos externos da economia privada assegurando através de políticas estruturais a capacidade de sobrevivência de setores ameaçados, como por exemplo, a mineração e economia agrícola, e, por outro lado, programas de regulações e intervenções reclamadas pelos sindicatos e pelos partidos reformistas, tendo em vista a melhoria da situação social dos trabalhadores.

As imperfeições do liberalismo, bem evidentes na passagem do século XIX para o século XX e nas primeiras décadas deste último, associadas à incapacidade de auto-regulação dos mercados, conduziram à atribuição de novas funções ao Estado.

À idealização de liberdade, igualdade e fraternidade (1789 - França) se contrapõem à realidade do poder econômico. Segundo Tobias Barreto, citado por Eros Grau²⁴:

Liberdade, igualdade e fraternidade, três palavras que se espantam de se acharem unidas, porque significam três coisas reciprocamente estranhas e contraditórias, principalmente as duas primeiras, pois a sociedade capitalista, a toda evidência, não as podia como não pode realizar.

O Estado assume o papel de agente regulador da economia, na medida em que já se manifestava na instituição do monopólio estatal da emissão de moeda; poder emissor, na consagração do poder de polícia e, após, nas codificações, bem como na ampliação do escopo dos serviços públicos. A própria constituição do modo de produção capitalista dependeu da ação estatal. Não existiria o capitalismo sem que o Estado cumprisse a sua parte, desenvolvendo vigorosa atividade econômica, no campo dos serviços públicos. O Estado desempenha função de

²³ HUBERMAN, Leo. *História da Riqueza do Homem*. Op cit., p. 268.

²⁴ GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, Op. cit., p. 25.

integração capitalista como prestador de serviço de transporte público de carga, através do sistema de transporte ferroviário e, após, o marítimo, e, por outro lado, na área da saúde, na primeira metade do século XX, verdadeiras oficinas de controle de qualidade da mercadoria “trabalho” foram implementadas.

Exemplo dessa intervenção estatal no início do século XX é o Decreto n. 2543, de 5.1.1912, resolução decretada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República que:

“estabelece medidas destinadas a facilitar e desenvolver a cultura da seringueira, do caucho, da maniçoba e da mangabeira e a colheita e beneficiamento da borracha extraída destas árvores e autoriza o Poder Executivo não só abrir os créditos preciosos à execução de tais medidas, mas ainda a fazer as operações de crédito que para isso forem necessárias”.

Eis o exemplo de um verdadeiro programa de desenvolvimento da cultura da borracha ou de defesa da borracha, à época um produto da grande exportação brasileira, que previa também: a isenção de impostos de importação, a instituição de prêmios em benefício dos que fizerem plantações regulares e inteiramente novas dos produtos, a criação de estações experimentais, refinarias, hospedarias de imigrantes e hospitais, a construção de estradas de ferro e obras necessárias à navegabilidade em determinados rios, que previa inclusive a dispensa de concorrência pública, e inúmeras isenções tributárias. Talvez tenha sido essa a experiência pioneira, entre nós, de instituição de um programa completo de medidas características de intervenção estatal na economia.

A livre concorrência precisa da lei e do direito por ser ela a mais alta forma de racionalidade. Necessita também da absoluta subordinação do juiz ao direito, e daí a separação de poderes. (...) A tarefa primordial do Estado é criar um Estado legal que garanta a execução dos contratos, pois parte indispensável para o sucesso empresarial é saber com certo grau de certeza que os contratos serão respeitados. (...) ²⁵.

O mercado como atividade, reclama atuação estatal para garantir a fluência de suas relações, porém, ao mesmo tempo, exige que essa atuação seja mínima.

²⁵ GRAU, *idem*, p. 36.

No segundo decênio do século XX manifesta-se mundialmente certo capitalismo assistencial, que sobrevive graças à crescente transferência dos custos das empresas ao conjunto da coletividade, isto é, à classe trabalhadora e através da inversão financeira massiva em títulos públicos de crédito. Os custos empresariais, assim, são assumidos pelo Estado. Esse movimento cede nos últimos anos do século XX, em decorrência da crise fiscal dos Estados.

O modo de produção social capitalista, que elege como razão fundamental do ordenamento político o lucro, coloca o direito positivo a seu serviço; é isso que explica a estruturação do direito posto pelo estado moderno. Ele existe fundamentalmente para permitir a fluência da circulação mercantil, para tentar domesticar os determinismos econômicos. Porta em si a pretensão de dominar a realidade e expõe marcante contradição, que pode ser enunciada nos seguintes termos: o Terceiro Estado (a burguesia) necessita da ordem, mas a detesta, procurando a qualquer custo exorcizá-la²⁶.

O capitalismo social não progride, não resiste nem mesmo à contradição dos vocábulos que integram a expressão que a designa, só o processo de produção é social, o processo de acumulação capitalista é essencialmente individualista.

No desempenho de um novo papel, o Estado, ao atuar como agente de implementação de políticas públicas, enriquece suas funções de integração, de modernização e de legitimação capitalista.

O sistema capitalista é preservado, mas renovado sob diverso regime. O modo de produção, os esquemas de repartição do produto e os mercados capitalistas, no âmbito interno e no quadro internacional, são mantidos em sua integridade.

3.2. Intervenção estatal no modelo neoliberal

A desregulação do Estado passa a ser questionada a partir dos anos oitenta do século passado. Tem-se como evidente que no Brasil qualquer reformulação da participação do Estado na economia pressupõe a sua desestatização. A privatização das empresas estatais é política econômica inevitável. Também o

²⁶ GRAU, *idem*, p. 36.

neoliberalismo torna-se incompatível com os fundamentos do Brasil, afirmados no art. 3º da Constituição de 1988²⁷, e com a norma veiculada pelo seu art. 170.

Um sistema econômico capitalista e um modelo econômico misto, que ao mesmo tempo resguardam princípios de natureza liberal e amparam a atuação normativa e reguladora do Estado adotado pela nossa Constituição, não coadunam com o programa neoliberal introduzido pelo presidente Collor e retomado por Fernando Henrique Cardoso, no entender de Eros Roberto Grau²⁸:

O comprometimento a partir dos anos setenta do século XX, dos níveis necessários de lucros das empresas e o desencadeamento de processos inflacionários que inevitavelmente conduziram a uma crise generalizada das economias de mercado impunham, na concepção neoliberal, a manutenção de um Estado forte em sua capacidade de romper o poder dos sindicatos e no controle do dinheiro, mas parco em todos os gastos sociais e nas intervenções econômicas. A estabilidade monetária deveria ser a meta suprema de qualquer governo. Para isso seria necessária uma disciplina orçamentária, com a contenção de gastos com o bem-estar, restauração da taxa de desemprego; ou seja, a criação de um exército de reserva de trabalho para quebrar os sindicatos. As reformas fiscais eram imprescindíveis, para incentivar os agentes econômicos, então às voltas com uma deformação do processo de acumulação e do livre mercado. A desregulamentação financeira, que o programa neoliberal postula, criou condições muito mais propícias para a inversão especulativa do que para a produtiva, ensejando a prática de um grande volume de transações puramente monetárias.

A globalização do mundo econômico ameaça a sociedade civil na medida em que está associada a novos tipos de exclusão social, gerando marginalizados em função da raça, nacionalidade, religião ou outro sinal distintivo; instala uma contínua e crescente competição entre os indivíduos e conduz à destruição do serviço público.

Com o término da Segunda Guerra Mundial e a derrocada do totalitarismo que governou a Europa, o mundo ocidental não aceitava mais regimes totalitários, exigindo a retornada da democracia. A implantação da democracia também era imperiosa no Brasil, não havendo mais espaço para ditaduras, como a de Getúlio

²⁷ Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

²⁸ GRAU *idem*, p. 48.

Vargas, que culminara em agosto de 1945 com sua morte. Nesse contexto, e com o mundo receoso de que os acontecimentos da guerra se repetissem, as Constituições do pós-guerra propõem o estabelecimento da democracia real, fundamentada em ordens políticas e econômicas sólidas, bem como sociais, justas.

A Constituição de 1946 preservou valores liberais como na inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, liberdade, segurança individual e à propriedade. Dispunha que a ordem econômica deveria ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Foi além, autorizando mediante lei especial, a intervenção da União no domínio econômico para monopolizar determinada indústria ou atividade, tendo por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados na Constituição. A Carta de 1946 inspirou-se na legislação antitruste dos Estados Unidos da América, da repressão do abuso do poder econômico.

Influenciada pela ideologia norte-americana da segurança nacional que foi marcante não apenas no Brasil, mas também para os países da América Latina que adotavam regimes militares, a Constituição de 1967 alicerçou-se na geopolítica de estimular e fortalecer o Estado, a partir da ocupação do território nacional, expansão sul-americana e formação de uma potência mundial.

Os princípios da ordem econômica desta Carta tinham por fim realizar a justiça social, com base em princípios como: liberdade de iniciativa, valorização do trabalho como condição de dignidade humana, função social da propriedade, harmonia e solidariedade entre os fatores de produção, desenvolvimento econômico, repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. De toda forma a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade estava autorizada, mediante lei da União, quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

A Emenda Constitucional nº.1 de 1969, tratada por alguns autores como a Constituição de 1969, em especial no que se refere ao Título III, delimitou a competência do setor privado e do estatal na organização e exploração da atividade econômica, assegurando ao Estado sua atuação ou intervenção no domínio econômico.

Assim perdurou o “braço forte” do Estado, deitado sobre a iniciativa privada, por todo o tempo do regime militar implantado no Brasil, desde 1964, até a instalação da Assembléia Constituinte (Emenda Constitucional nº. 26 de 27/11/1985), culminando com a promulgação da Constituição Federal do Brasil em 5 de outubro de 1988. Esta Carta foi apelidada de “Constituição cidadã”, dada a ideologia adotada pelo texto no campo econômico e social.

3.3. Atuação ou intervenção estatal

No século XIX preponderava a concepção liberal do Estado. Nessa concepção, o Estado assumia a função de garantidor da ordem pública, sem qualquer ingerência na esfera dos interesses econômicos, e o direito, estabelecido ou reconhecido pelo Estado, aparecia como um instrumento com nítido aspecto repressivo.

No entanto, as transformações e o aumento de complexidade da sociedade industrial alteraram, em parte, essa situação. O Estado cresceu além de sua função garantidora e repressiva, aparecendo muito mais como produtor de serviços de consumo social, regulamentador da economia e produtor de mercadorias. Com isso, foi sendo montado um complexo instrumento jurídico que lhe permitiu, de um lado, organizar sua própria máquina assistencial, de serviços e de produção e, de outro, criar um imenso sistema de estímulos e subsídios. Ou seja, o Estado substituiu, ainda que parcialmente, o mercado na coordenação da economia, tornando-se o centro de distribuição de renda ao determinar preços, taxar, criar imposto, fixar índices salariais, etc. O direito, em vez de disciplinar e determinar sanções em caso de indisciplina, passou a ser instrumento com maior ênfase em normas de organização, de condicionamentos que antecipam os comportamentos desejados,

sem atribuir o caráter de punição às conseqüências estabelecidas ao descumprimento.

Fruto desse aparente “desinteresse” jurídico pelo fato econômico, de que se nutriu o Estado Liberal, foram a exarcebação do capitalismo e a sua conseqüente confrontação com o operariado, dando origem à Questão Social, a exigir uma constituição econômica ou um direito especial da economia, em que o Estado, embora não se substituísse ao mercado, intervisse minimamente nas suas disputas, através de normas e/ou institutos que, embora assegurassem o direito de propriedade, a liberdade de empresa e a liberdade de trabalho – como direitos fundamentais econômicos -, não permitissem abusos no seu exercício.²⁹

A nova postura diante do fato econômico se fez sentir a partir da Constituição de 1934, onde foi inserido o título “Da Ordem Econômica Social”, que veiculava um discurso intervencionista e inovador em todos os sentidos, tanto na estrutura como na própria essência, que começavam por introduzir os princípios da justiça social e das necessidades da vida nacional, de modo a possibilitar a todos uma existência digna, além de garantir a liberdade econômica dentro de tais limites, como elementos fundamentais para a organização de ordem econômica. Este caráter intervencionista foi fruto de uma época em que esta qualificação era justificada pelas doutrinas prevalecentes na Europa, que viriam a nortear os futuros acontecimentos na política mundial.

No Brasil dos anos 60, de um lado, à iniciativa privada era garantida uma preeminência; de outro, diversas normas permitiam um intervenção do Estado no domínio econômico sem os correspondentes freios.

O Estado não pratica intervenção quando presta serviço público ou regula a prestação deste serviço através dos serviços concedidos ou permitidos a terceiros. Neste caso está atuando em área de sua própria titularidade, na esfera pública, sem conotação de atividade econômica em sentido amplo. A prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, p. 1289.

bens e serviços. Não deixa de ser o serviço público uma atividade econômica, mas cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público.

Por sua vez o Estado pratica a intervenção, no caso de atuação estatal em área de titularidade do setor privado de atividade econômica em sentido estrito, que acaba por acarretar uma série de transformações no direito, principalmente no regime dos contratos.

O Estado pode atuar de várias formas no domínio econômico, diretamente, como agente econômico, controlando e fiscalizando a atuação de entes particulares, ou ainda em parceria com a iniciativa privada. A atuação do Estado pode ser mais intensa quando o Estado é o próprio agente de um setor da economia, muitas vezes até como monopolista, e menos direta quando o Estado deixa a atividade econômica ser explorada pelo agente privado e reserva-se o poder de fiscalização. Pode também estar ausente na economia, nos moldes do liberalismo smithiano, em que o próprio mercado regularia a economia, mas esse modelo comprovadamente pela história não é eficaz.

Até meados da década de 80, a forte intervenção dos Estados na economia se dava de forma direta ou indireta, por meio de entidades da administração direta. A explicação estava na criação de infra-estruturas que exigia grandes investimentos e dava pouco retorno financeiro, uma forma de combater monopólios privados e desenvolver regiões, ou seja, questões sócio-econômicas.

Constatou-se, entretanto que a pluralidade de regras, contraditórias e ultrapassadas, e um excesso de regulação, dificultavam a obtenção de valores essenciais almejados pelo Estado. Inicia-se então uma nova fase das políticas econômicas dos Estados, com a crescente onda de desestatizações, privatizações, concessões e parcerias, evidenciando um forte retraimento da publicização da maioria dos setores da economia. Promove-se em vários países uma reforma na regulação do Estado. Havia necessidade desta reformulação para que o norte da atuação de um Estado fosse a promoção do bem estar da coletividade, inclusive no que diz respeito à melhoria das condições de vida da população, à competitividade econômica e à eficiência e modicidade dos serviços públicos.

É nesse contexto que desponta a elaboração teórica e legislativa das agências reguladoras, caracterizadas pela dinamicidade, independência, tecnicidade, consenso para dirimir conflitos, ou seja, trata-se de relevante instrumento de adequação de uma nova ordem jurídico-econômica. A intervenção direta na distribuição de bens de consumo com a finalidade de fomentar ou mesmo forçar o barateamento do custo de vida e na medida em que conforma e interfere no dinamismo dos contratos, permanecem atribuídas as funções de atuar como terceiro regulador através de sua intervenção na atividade econômica privada.

3.3.1. Agências reguladoras: a regulação econômica

O termo *agência* utilizado no Brasil foi importado da tradição norte-americana das *agency*, mas não apresenta as mesmas características do modelo adotado há mais de um século nos Estados Unidos da América.

No Brasil, as agências reguladoras são qualificadas por suas leis instituidoras como “autarquias especiais”, em face de poderes ampliados que detém, em comparação com a simples autarquia, e integram a Administração Federal indireta vinculando-se ao Ministério relativo à atividade a ser por elas desempenhada. Sua principal característica é apontada na independência (quanto à decisão, objetivos, instrumentos, financiamento). Por conta dessa característica ocorre, com a criação das agências, uma ostensiva delegação de poderes.

As agências surgem por conta das privatizações e da disciplina das concessões. Aparecem como um novo instrumento de atuação do Estado no domínio econômico. Até então a qualidade do Estado era de interventor, atuante direto na economia inclusive como empresário e fixador de preços. Passa a um Estado normativo e regulador da atividade econômica, fiscalizando-a, incentivando-a e, em certos casos, planejando-a.

Elas representam a substituição do modelo de gestão com base em controles formais (legalidade e motivação fundamentada) e na intervenção direta (Estado empresário) pelo modelo gerencial, com base em avaliação de desempenho (eficiência) e intervenção condicionante da eficiência (regulação e regulamentação). Ou seja, nem o Estado mínimo, protetor das

liberdades (Estado de Direito liberal), nem o Estado promotor de benefícios sociais e econômicos (estado social), mas o Estado regulador, que contribui para o aprimoramento das eficiências do mercado.³⁰

O fenômeno que se observava desde a década de 1980 nos países da Europa Ocidental, inicia-se no Brasil com o governo Collor e o Plano Nacional de Desestatização (PND), tendo prosseguido de forma mais tênue no governo Itamar, ganha força e destaque a partir da segunda metade da década de 1990 com o governo Fernando Henrique Cardoso e o Plano Real. Essa tendência constitui reformas tributárias, administrativas e previdenciárias do Estado, e da ordem econômica, juntamente com os processos de desestatizações e privatizações.

As reformas da ordem econômica, aprovadas pelo Congresso Nacional, extinguíram os monopólios estatais de diversos setores, como o da prospecção, exploração e refino do petróleo, das telecomunicações e da geração e distribuição de energia. A alteração do conceito de “empresa nacional” objetivou garantir igualdade de condições para empresas estrangeiras atuarem no mercado brasileiro.

A justificativa principal do governo de Fernando Henrique Cardoso para a realização das privatizações era centrada em dois pontos: o melhor atendimento das áreas sociais e a redução das dívidas públicas. Com estas medidas o Estado pôde concentrar-se nos setores estratégicos de sua competência. A área social, seria uma delas. Não precisaria mais arcar com elevados custos em investimentos e modernizações nas áreas de telecomunicações e energia, por exemplo.

Todo esse processo fez com que o mercado recebesse novos entrantes, dispostos a disputar os consumidores em diversos setores da economia, muitos até então fechados e garantidos exclusivamente ao monopólio estatal. Com isso, a concorrência se acirra e muitos setores da economia vão se tornando mais eficientes para o bem dos consumidores. Entretanto, é cada vez mais imperiosa a atuação do Estado, seja fiscalizando, incentivando ou planejando. Neste momento surgem as agências reguladoras.

³⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio, *Direito Constitucional*, São Paulo: Manole, 2007, p.481.

A Constituição, em seu art. 174, vê no Estado um agente normativo e regulador da atividade econômica. Trata-se do exercício das funções de fiscalização, incentivo e planejamento, esta última apenas indicativa para o setor privado. A noção de agente normativo e regulador parece dar tanto competência para baixar normas quanto para intervenções reguladoras no sentido de evitar distorções no comportamento do mercado, por meio de imposições de ordem técnica. Neste sentido, Tercio Sampaio Ferraz Jr comenta:

a criação de agências com atribuições técnicas, de suposta neutralidade política, mais voltadas para a eficiência das regulações e, necessariamente, independentes, com poderes quase legislativos: problema da reserva de lei, quase regulamentares: problema da competência privativa do Presidente da República, e quase judiciais: problema dos limites do contencioso administrativo, esbarra em conhecidos óbices constitucionais, a começar do disposto no art. 25 do ADCT, que revoga todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional. Segue-se toda uma série de indicativos limitadores de uma atividade regulamentar autônoma, que pudesse ser atribuída às agências, mesmo quando criadas com base em sede constitucional, como é o caso da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustível (ANP) e da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).³¹

A atribuição de uma competência normativa e reguladora funda-se, basicamente, na sua independência decisória, de objetivos, de instrumentos e financeira. A primeira lhes garante capacidade de resistir às pressões políticas e econômicas, por força de mandato. A segunda lhes dá autonomia na determinação de fins, tendo em vista o interesse do consumidor. A terceira, diz com os meios, por exemplo, quanto a tarifas. A última refere-se à existência de recursos próprios e disponibilidade sobre eles. Esta independência e as correspondentes competências devem estar fundadas em lei, mas falta no Brasil uma lei ordinária geral das agências reguladoras, que seria complementada pela lei instituidora de cada agência, guardando-se assim suas especialidades.

Os dois valores fundamentais juridicamente protegidos nas economias do tipo capitalista são: a propriedade privada dos bens de produção e a liberdade de contratar.

³¹ *Idem*, p. 482.

3.3.2. A propriedade privada dos bens de produção

Na França, de 1997 a 2002, o governo socialista de Lionel Jospin permitiu o mais amplo movimento de privatização de capitais desde que o neoliberalismo se tornou a religião dos governos ocidentais. O fato de esse movimento ter sido colocado em prática pela “esquerda plural”, outrora paladina das nacionalizações e dos serviços públicos, demonstra como a propriedade privada tornou-se uma espécie de tabu, cuja legitimidade quase ninguém ousa contestar.

Desde o século XVIII, o direito de propriedade constitui um dos pivôs do pensamento político e jurídico ocidental. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, em seu artigo 17, instaurou-o como “um direito inviolável e sagrado do qual ninguém pode ser privado, exceto se a necessidade pública legalmente constatada o exigir, de forma evidente, e com a condição de uma justa e prévia indenização”. Formulação moderada, uma vez que impõe limites a esse direito “inviolável”, efetivamente imposto em alguns momentos da história da França.

Mas, no direito brasileiro, diversas são as formas de intervenção estatal na propriedade privada em geral, autorizadas constitucionalmente. Genericamente a propriedade atenderá a sua função social, estendida a qualquer tipo de propriedade. Especificamente para a iniciativa privada torna-se um princípio da ordem econômica visando a justiça social.

Por exemplo, a propriedade de bens de consumo e a de uso pessoal são, essencialmente, vocacionadas à apropriação privada, porquanto são imprescindíveis à própria existência digna das pessoas, e não constituem instrumentos de opressão, pois satisfazem necessidades diretamente, isto é, são bens que servem diretamente ao sustento dos trabalhadores, tais como alimentos, roupas, alojamentos, etc.

A função social desses bens consiste precisamente na sua aplicação imediata e direta na satisfação das necessidades humanas primárias, o que vale dizer que se destinam à manutenção da vida humana. Disso decorre que são predispostos à aquisição por todos com a maior amplitude possível, o que justifica até a intervenção do Estado no domínio da sua distribuição, de modo que propicie a

realização ampla da sua função social. Este é um princípio constitucional que se superpõe mesmo ao da iniciativa privada.

A intervenção direta na distribuição de bens de consumo com a finalidade de fomentar ou mesmo forçar o barateamento do custo de vida, constitui um modo legítimo de fazer cumprir a função social da propriedade.

O que nos interessa diretamente aqui são os bens de produção, chamados também de capital instrumental³², que sofrem intervenção direta do Estado.

Esses bens são os que se aplicam na produção de outros bens ou rendas, como as ferramentas, máquinas, fábricas, estradas de ferro, docas, navios, matérias-primas, a terra, imóveis não destinados à moradia do proprietário, mas à produção de renda. Não são consumidos, mas utilizados para a geração de outros ou de rendas.

O regime de sua apropriação define a natureza do sistema econômico adotado pela Constituição. Se for o de apropriação social ou pública, será socialista. Quando se fala em propriedade socializada e em Socialismo, refere-se a um sistema econômico em que os meios de produção não são suscetíveis, em princípio, de apropriação privada, com a observação, de que não basta suprimir a propriedade privada dos meios de produção para se ter socialismo.

O sistema de apropriação privada, como no sistema de apropriação pública ou social, tende a organizar-se em empresas sujeitas ao princípio da função social.

Ensina-nos José Afonso da Silva³³:

O nosso sistema é fundamentalmente o da propriedade privada dos meios de produção, o que revela ser basicamente capitalista, que a vigente Constituição tenta civilizar, buscando criar no mínimo um capitalismo social, se é que isto seja possível, por meio da estruturação de uma ordem social, intensamente preocupada com a justiça social e a dignidade da pessoa humana.

³² SILVA, *Comentário Contextual à Constituição*. *Op. cit.*, p. 712.

³³ SILVA, *idem*, p. 713.

3.3.3. A liberdade de contratar

A ação estatal sobre os contratos é de grande importância, dada a sua configuração como instituto fundamental na economia de mercado. Os contratos eram livre construção da vontade humana (Estado Liberal) e hoje “é contribuição das atividades humanas à arquitetura geral da economia do país, construção esta definida pelo próprio Estado”³⁴.

Contemporaneamente, no que diz respeito à liberdade de configuração interna dos contratos, há o impacto das técnicas intervencionistas. O regime de controle de preços, condições de validade e o condicionamento de sua execução dependem de ou residem em disposições normativas ou atos administrativos externos à vontade das partes. Exemplo dos contratos de tecnologia, em especial os que são celebrados com empresas do exterior que são sujeitos a aprovação do Banco Central.

A padronização contratual que foi instituída na passagem do século por motivação de economia administrativa para simplificação dos negócios, hoje é desaprovada em sua grande maioria, porque a experiência demonstrou que a padronização por uma das partes levava a um inevitável comprometimento de contratar daqueles que se colocavam em posição adversa na relação contratual, quase sempre considerados hipossuficientes.

À atribuição de maior responsabilidade a uma das partes corresponde o estímulo para que outras com ela contratem; teoria da responsabilidade objetiva (v.g., a maior proteção ao consumidor acarreta o estímulo do consumo). Ao mesmo tempo, porém, o incremento da proteção eleva os custos das empresas. O real problema quando há a intervenção estatal na atividade econômica em sentido estrito é encontrar o equilíbrio entre o aumento dos gastos da empresa e o estímulo ao tráfico mercantil. No momento que se discute a proteção do consumidor nos contratos celebrados pela Internet, por exemplo, sabe-se que a excessiva tutela poderia levar, por um lado, a um desestímulo dos empresários em se valer dessa

³⁴ GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. *Op. cit.*, p. 94.

forma de escoamento de produção; por outro, deixar os adquirentes à mercê dos fornecedores implicaria, por sua vez, o desinteresse dos consumidores. Segundo Eros Grau³⁵, “a proteção do hipossuficiente nada tem a ver com uma etérea busca da justiça social e sim com o melhor modo de escoar mercadorias”.

O direito viabiliza as relações que fluem segundo as regras da economia de mercado e instrumentaliza o exercício, pelo Estado, de políticas voltadas à preservação do mercado e à acumulação de capital. Ao Estado na medida em que conforma e interfere no dinamismo dos contratos, permanecem atribuídas as funções de atuar como terceiro regulador através de sua intervenção na atividade econômica privada.

³⁵ GRAU, Eros. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005. p.18.

4 O SISTEMA PRODUTIVO DO BRASIL

Antes da idade capitalista, o capital era acumulado principalmente através da agricultura e do comércio de produtos agrícolas, não se falava em industrialização.

No Brasil, quando se pensa em primeiras atividades comerciais como forma de produção capitalista, lembra-se imediatamente de navios negreiros, agricultura do açúcar, café e algodão, exploração de minérios. Toda a produção era gerada com o fim de exportação e com a utilização da mão-de-obra escrava ou indígena.

No fim do século XVIII a dificuldade de evolução econômica do país se acentua. O país que se configura a dimensões continentais, sente os primeiros efeitos desse tamanho, pois não consegue administrar seu potencial econômico com hegemonia. O açúcar, produção e comercialização do nordeste, perde preço na cotação internacional com a reserva de mercado açucareiro das colônias inglesas, principalmente nas Antilhas. No norte, o Pará, que vivia exclusivamente da economia extrativa florestal organizada pelos jesuítas, com base na exploração da mão-de-obra indígena, sofreu perseguição acirrada do Marquês de Pombal (1699-1782), porque a ordem não pagava impostos e usava mão-de-obra indígena. No sul a economia era baseada na pecuária quase que exclusivamente para consumo comunitário ou de subsistência. No sudeste o desenvolvimento econômico tinha sustentação na agricultura cafeeira que sofria com a competição dos países da América Central e Sul.

Foi à época que o Maranhão se destacou. Apoiado por Pombal, que os ajudou criando uma companhia de comércio altamente capitalizada que deveria financiar o desenvolvimento da região, tradicionalmente a mais pobre do Brasil. Tão importante como a ajuda financeira, entretanto, foi a modificação no mercado mundial de produtos tropicais, provocada pela Guerra da Independência dos EUA e logo em seguida pela Revolução Industrial inglesa. Os dirigentes da companhia perceberam que o algodão era um produto tropical cuja procura estava crescendo com mais intensidade, e que o arroz produzido nas colônias inglesas e principalmente consumidos no sul da Europa não sofria restrição de nenhum pacto

colonial. Os recursos da companhia foram assim concentrados na produção desses dois artigos.

Excluído o núcleo maranhense, todo o resto da economia colonial atravessou uma séria prostração nos últimos decênios do século. Na região do ouro, Minas Gerais e Goiás, a depressão é profunda e se estenderá pela primeira metade do século seguinte. Contudo, um conjunto de fatores circunstanciais deu à colônia, no começo do século XIX, uma aparência de prosperidade. Uma delas foi a abertura dos portos, em 1808, que criou um clima de otimismo.

Os acontecimentos na Europa no fim do século XVIII aceleraram também a evolução política do Brasil, por outro lado contribuíram para prolongar a etapa de dificuldades econômicas que se iniciaram com a decadência do ouro. A separação definitiva do reino português em 1822 e a eliminação pessoal de D. Pedro I, em 1831, deram ânimo à classe econômica dominante, que era formada pelos senhores da grande agricultura de exportação de produtos agrícolas.

Economicamente o Brasil sofre sérias adversidades, pois o governo central que enfrenta extraordinária escassez de recursos financeiros vê sua autoridade reduzir-se por todo o país. Houve um período ininterrupto de revoltas e guerra civil do norte ao sul do país que durou anos. Numa fase de dificuldades econômicas era criado um clima de insatisfação em praticamente todas as regiões.

O café, nos anos 1830, se firma como produto principal da exportação brasileira. Graças a essa nova riqueza forma-se um sólido núcleo de estabilidade na região central mais próxima da capital do país. Reforçada pela mão-de-obra do fluxo imigratório, a economia cafeeira se expandiu por um longo período sem que os salários reais apresentassem tendência para alta. Os empresários da agricultura não eram obrigados a repassar as melhoras de produtividade obtida pelo seu comércio/exportador para seus assalariados.

Para que houvesse aumento na produtividade da mão-de-obra ou da terra, era necessário que o empresário aperfeiçoasse os processos de cultivo ou intensificasse a capitalização, isto é, aplicasse maior quantidade de capital tanto na

terra já existente como na mão-de-obra, que reverteria em maior lucro. A consequência prática dessa situação foi a de que o empresário estava sempre interessado em aplicar seu capital novo na expansão das plantações, não se formando nenhum incentivo à melhoria dos métodos de cultivo.

Na metade do século XX, a economia brasileira, seguindo a tendência da industrialização mundial, ainda que tardia, havia alcançado certo grau de articulação entre as distintas regiões. Por outro lado, a disparidade de níveis regionais de renda havia aumentado notoriamente. O pólo industrial do Estado de São Paulo destacou-se e o processo de industrialização tendeu naturalmente a concentrar-se nesta região. À medida que o desenvolvimento industrial se sucedia à prosperidade cafeeira, acentuava-se a tendência à concentração regional de renda.

O conceito de desenvolvimento tem sido utilizado, com referência à história contemporânea, em dois sentidos distintos. O primeiro diz respeito à evolução de um sistema social de produção à medida que este, mediante a acumulação e o progresso das técnicas, torna-se mais eficaz, ou seja, eleva a produtividade do conjunto de sua força de trabalho. O segundo sentido em que se faz referência ao conceito de desenvolvimento relaciona-se com o grau de satisfação das necessidades humanas³⁶.

A Constituição de 1988 declara que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada. Desse modo entendemos em primeiro lugar que a Carta Magna consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a livre iniciativa, que, especialmente, significa a garantia da iniciativa privada, é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar, significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Essa prioridade tem a intenção de orientar a intervenção do Estado na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho, que, ao lado da livre iniciativa, constituem um dos fundamentos não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV).

A estabilidade de repartição de renda nos países capitalistas do centro, na época contemporânea, não exclui, mas antes supõe uma repartição de

³⁶ FURTADO, Celso. **Introdução ao desenvolvimento**. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 21.

rendas muito mais desigual nos países capitalistas periféricos, como é o caso do Brasil³⁷.

Um regime de acumulação ou de concentração do capital e da renda nacional, que resulta da apropriação privada dos meios de produção, não propicia efetiva justiça social, porque nele sempre se manifesta grande diversidade de classe social, com amplas camadas de população carente ao lado de minoria afortunada.

A história mostra que a injustiça é inerente ao modo de produção capitalista, mormente do capitalismo periférico. Algumas providências constitucionais formam, agora, um conjunto de direitos sociais com mecanismos concretos que, devidamente utilizados, podem tornar menos abstrata a promessa de justiça social. Esta é realmente uma determinante essencial, que impõe e obriga a que todas as demais regras da Constituição econômica sejam entendidas e operadas em função dela.

A liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato. É a regra que assegura a todos “o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei” (art. 170, § único). Este é o princípio básico do liberalismo econômico que surgiu como um aspecto de luta dos agentes econômicos para libertar-se dos vínculos que sobre eles recaíam por herança, seja do período feudal como do mercantilismo.

A evolução das relações de produção e a necessidade de propiciar melhores condições de vida aos trabalhadores, bem como o mau uso dessa liberdade e a falácia da “harmonia natural dos interesses” do Estado Liberal, fizeram surgir mecanismos de condicionamento da iniciativa privada, em busca da realização de justiça social. Temos hoje uma Constituição preocupada com a justiça social e com o bem-estar coletivo.

³⁷ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*, *Op cit.*, p. 710.

No início e durante o século passado até a Primeira Grande Guerra (1914-1918), a liberdade de iniciativa econômica significava garantir juridicamente aos proprietários a possibilidade de usar e trocar seus bens (propriedades).

Nos anos 70 do século passado, o capitalismo entra em nova etapa, a da globalização dos mercados regionais, caracterizada pelo aprofundamento da terceira revolução: a científico-tecnológica, como resposta à crise do petróleo e do padrão monetário internacional, pela reorganização de associações econômicas, a exemplo da União Européia (EU), dos Tigres Asiáticos, da Nafta, do Mercado Comum do Cone Sul (Mercosul), pela produção da fragmentação social no mundo dos trabalhadores, pelo agigantamento da riqueza, com os fundos mútuos de investimentos e fundos de pensão na liderança do processo, isto é, pela tendência da passagem de uma sociedade industrial para uma sociedade informacional, rompendo com as barreiras impostas pelo espaço e tempo através das tecnologias de informação, onde o principal fator do capital deveria estar no conhecimento especializado, sendo que a indústria deveria continuar tão ativa quanto antes, porém de forma transnacionalizada. As economias chamadas de emergentes da América Latina sofrem um verdadeiro choque competitivo, com alguns rescaldos positivos, mas muitos negativos. A globalização e o renascimento do liberalismo econômico surgem em outros moldes.

A política econômica do neoliberalismo demonstra seu impacto no ordenamento jurídico brasileiro através das reformas estruturais propostas a partir de 1988, com a promulgação da Constituição Federal.

Na Constituição, a ordem econômica brasileira, ainda de natureza periférica, teria de empreender a ruptura de sua dependência em relação aos centros capitalistas desenvolvidos. Com isso criou as condições jurídicas fundamentais para a adoção do desenvolvimento autocentrado, nacional e popular, que, não sendo sinônimo de isolamento ou autarquização econômica, possibilita marchar para um sistema econômico produtivo e desenvolvido, em que a burguesia local e seu Estado tenham o domínio da reprodução da força de trabalho, da centralização do excedente da produção, do mercado, e a capacidade de competir no mercado mundial, dos recursos naturais e, enfim, da tecnologia.

O Estado Democrático de Direito foi levado em conta nessa formação capitalista, afinal os direitos fundamentais do homem, em que não se aceitam profundas desigualdades, muito pelo contrário, reclamam uma situação de convivência em que a dignidade da pessoa humana seja o centro das considerações da vida social, são basilares na Constituição.

As mudanças contemporâneas foram mundiais. A economia da China (quarta maior economia do mundo) que cresce em ritmo acelerado neste início de século, aprovou uma histórica lei de proteção à propriedade privada, elaborada para proteger os bens dos empresários e combater a expropriação de bens públicos. Além disso, uma lei sobre a tributação da renda de empresas acaba com o tratamento preferencial para as empresas custeadas com capital estrangeiro, uma manobra que reflete a determinação da China em mudar o perfil de sua economia, centrada atualmente na exportação de produtos manufaturados baratos. A nova lei não deve afastar os investidores estrangeiros da China, segundo os especialistas-consultores. As empresas estrangeiras estão menos preocupadas com a elevação dos impostos do que com a necessidade de o país melhorar o respeito às leis e à transparência nas práticas de regulamentação, pedem um ambiente operacional e jurídico mais aberto, justo e adequado. Os agricultores do interior do país não terão sua situação melhorada, pois suas terras são de propriedade coletiva e o contraste com a rica região costeira é grande. Um desafio que começa a ser enfrentado por um Estado comunista.

No Brasil os economistas da nova geração se interrogam freqüentemente sobre as causas das baixas taxas de crescimento da economia brasileira no último quarto do século XX e que se estende até nossos dias. Os dados são surpreendentes se levamos em conta que no quarto de século anterior o país apresentou um dinamismo considerável, colocando-se entre as duas ou três economias de mais rápido crescimento em todo o mundo. Um país dotado de imensas reservas de recursos naturais e de mão-de-obra, aplica uma política que se satisfaz com uma taxa de crescimento próxima de zero.

A doutrina surgida nos anos 90 do século passado, em que os Estados nacionais já não teriam um papel importante na criação de empregos, fórmula, que é

o ideal do neoliberalismo, funcionou muito precariamente ou não funcionou. O Brasil se endividou desbragadamente, a ponto de comprometer sua governabilidade.

A variável que comandou o dinamismo da economia brasileira dos anos 50 ao fim dos anos 70 apoiou-se no processo de concentração da renda. Não havia como escapar a essa realidade: o sistema produtivo econômico só funcionava de forma regular quando a remuneração do capital atingia determinados níveis.

Se as taxas de juros não forem suficientemente altas (e as do Brasil inscrevem-se entre as mais altas do mundo), os capitais estrangeiros não se sentem atraídos a investir no país. Sem esses investimentos externos (os setores internos não dão conta das necessidades e acumulam um passivo considerável), o país tem pouca chance de crescer.

A carga fiscal no Brasil é alta e injusta, pois incide de forma desproporcional sobre a parte da população de menor poder aquisitivo, já que os impostos indiretos (essencialmente os de consumo) são relativamente os que mais pesam.

Vemos que os princípios constitucionais de igualdade e fraternidade, tão preconizados desde o século XVIII, no Brasil ainda precisam ser mais bem aplicados. Os países da Europa conseguiram criar sociedades mais homogêneas. Com as reformas políticas, certos setores do sistema produtivo de certo sofrerão baixa de rentabilidade, mas é a sociedade como um todo que lucrará com o esforço de adaptação que visa dar ao governo os meios de enfrentar os sérios problemas sociais do país.

O constituinte fez sua parte determinando os princípios gerais da atividade econômica e norteando o sistema produtivo do país, resta aos políticos fazerem sua parte.

5 A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO

As bases constitucionais do sistema econômico encontram-se nos arts. 170 a 192, compreendidos em quatro capítulos: um sobre os princípios da atividade econômica; outro sobre a política urbana; um terceiro sobre a política agrícola e fundiária e sobre a reforma agrária; e, finalmente, um quarto sobre o sistema financeiro nacional.

A ordem econômica que é o tema deste trabalho adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-la sistematicamente, o que teve início com a Constituição mexicana de 1917. No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a consignar princípios e normas sobre a ordem econômica, sob a influência da Constituição alemã de Weimar, e essa referência permaneceu até a Constituição de 1967 (com a emenda n. 1 de 1969), salvo a de 1937, que mencionava a ordem econômica e social, acompanhando um modismo no uso do adjetivo *social*. Isso não quer dizer que, nessa disciplina, se colhe necessariamente um sopro de socialização. Aqui, como no mundo ocidental em geral, a ordem econômica consubstanciada na Constituição não é senão uma forma econômica capitalista, porque ela se apóia inteiramente na apropriação privada dos meios e bens de produção e na iniciativa privada. Isso caracteriza o modo de produção capitalista, que não deixa de ser tal por eventual ingerência do Estado na economia nem por circunstancial exploração direta de atividade econômica pelo Estado e possível monopolização de alguma área econômica, porque essa atuação estatal ainda se insere no princípio básico do capitalismo que é a apropriação exclusiva por uma classe dos meios e bens de produção, e, como é essa mesma classe que domina o aparelho estatal, a participação deste na economia atende a interesses da classe dominante.

“A atuação do Estado, assim, não é nada menos do que uma tentativa de pôr ordem na vida econômica e social e de arrumar a desordem que provinha do liberalismo”³⁸. A função da constitucionalização da ordem econômica é a de

³⁸ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 787.

racionalizar a vida econômica em que se criam as condições de expansão do capitalismo.

Ainda que se oponha à *ordem jurídica* a *ordem econômica*, a última expressão é usada para referir uma parcela da ordem jurídica. Esta então - tomada como sistema de princípios e regras jurídicas - compreenderia uma ordem pública, uma ordem privada, uma ordem econômica, uma ordem social³⁹.

Complementando, Eros Grau⁴⁰,

a defesa da ordem, sobretudo no campo das relações sociais e de sua regulação, envolve uma preferência pela manutenção de situações já instaladas, pela preservação de suas estruturas. A passagem de uma ordem jurídica para uma ordem econômica envolveria uma ruptura das estruturas da primeira. Esta suposição sobeja nas afirmações de que a ordem jurídica liberal sucede uma ordem jurídica intervencionista, ainda que isso, muitas vezes, não seja explicitamente declarado, o que marcaria essa sucessão seria a ampliação dos contornos da ordem jurídica liberal, decorrente da regulação da ordem econômica. A regulação seria uma inovação da ordem jurídica intervencionista.

“Podemos pensar em ordem econômica em sentidos distintos, segundo Vital Moreira⁴¹, brilhante autor português. Em um primeiro sentido, *ordem econômica* é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um conceito de fato e não de um conceito normativo ou de valor (é conceito do mundo do ser, portanto); o que o caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou normas reguladoras de relações sociais, mas sim uma relação entre fenômenos econômicos e materiais, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato; em um segundo sentido, *ordem econômica* é a expressão que designa o conjunto de todas as normas (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral, etc.), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica; em terceiro sentido, *ordem econômica* significa ordem jurídica econômica”.

Todas as distinções sobre a constitucionalização da ordem econômica restringem-se a discussões jurídicas e não econômicas. Para Eros Roberto Grau⁴², fica claro que “a distinção entre ordem econômica – mundo do ser – e ordem econômica – mundo do dever ser – é nítida a qualificação da última como parcela da ordem jurídica”.

³⁹ Max Weber (apud Eros Roberto Grau, 2006, p. 60) refere-se à ordem jurídica como esfera ideal do dever ser e a ordem econômica como esfera dos acontecimentos reais.

⁴⁰ *Idem*, p. 65.

⁴¹ *Idem*, p. 66.

⁴² *Idem*, p. 70

Quando a Constituição relaciona alguns princípios norteadores de ordem econômica do Estado e no art. 170 reza 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 princípios ali relacionados, revelam-se mais tipicamente como objetivos da ordem econômica e não como princípios gerais, como, por exemplo, o da redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego que são condicionadores da atividade econômica.

Estes princípios, *valorização do trabalho humano e iniciativa privada*, querem dizer que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a livre iniciativa significa a garantia da iniciativa privada. Mas, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Quando se trata dessa prioridade, admite-se a intervenção do Estado na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho, que ao lado da livre iniciativa constituem um dos fundamentos da ordem econômica mais relevantes.

A declaração no caput do art. 170 de que a ordem econômica “tem por fim assegurar a todos existência digna”, só por si, não tem significado substancial, já que a análise dos princípios que informam essa mesma ordem não garante a efetividade daquele fim.

Conforme nos ensina José Afonso da Silva⁴³:

a ordem econômica na Constituição prevê apenas algumas medidas e princípios que em termos válidos ainda poderão sistematizar o campo das atividades criadoras e lucrativas e reduzir desigualdades e anomalias diversas, na proporção em que as leis se converterem em instrumentos reais de correção das contradições de interesses privados.

Nesta mesma linha de pensamento o autor reitera: “verificamos que assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” não será tarefa fácil em um sistema capitalista. “A justiça social só se realiza mediante

⁴³ SILVA. Comentário Contextual à Constituição. *Op. cit.*, p. 709.

eqüitativa distribuição da riqueza”⁴⁴. Um regime de acumulação ou concentração do capital e da renda nacional, que resulta da apropriação privada dos meios de produção, não propicia efetiva justiça social, porque nele sempre se manifesta grande diversidade de classe social, com amplas camadas de população carente ao lado de minoria afortunada. A história mostra que a injustiça é inerente ao modo de produção capitalista, inclusive no capitalismo periférico. Algumas providências constitucionais formam, agora, um conjunto de direitos sociais com mecanismos de concretização que, devidamente utilizados, podem tornar menos abstrata a promessa de justiça social.

Um regime de justiça social será aquele em que cada um deve dispor dos meios materiais para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política. Não aceita as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria⁴⁵.

A liberdade de iniciativa econômica ou iniciativa privada envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato. É regra que assegura a todos “o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei” (art. 170, parágrafo único). Certamente o princípio básico do liberalismo econômico encontra-se nestes termos. Durante o século passado, até a Primeira Guerra, a liberdade de iniciativa econômica significava garantia aos proprietários da possibilidade de usar e trocar seus bens; garantia, portanto, do caráter absoluto da propriedade; garantia de autonomia jurídica e, por isso, garantia aos sujeitos das possibilidades de regular suas relações do modo que tivessem por mais conveniente; garantia a cada um de desenvolver livremente da atividade escolhida.

A necessidade de propiciar melhores condições de vida aos trabalhadores e a evolução das relações de produção, bem como o mau uso dessa liberdade, fizeram surgir mecanismos de condicionamento da iniciativa privada, em busca da realização de justiça social, de sorte que o texto do art. 170 há de ser entendido no contexto de uma Constituição preocupada com a justiça social e com o bem-estar coletivo.

⁴⁴ HUBERMAN. *História da Riqueza do Homem*. *Op. cit.*, p. 270.

⁴⁵ SILVA. *Comentário Contextual à Constituição*. *Op. cit.*, p. 710.

Vimos que a liberdade de iniciativa econômica privada, não significa mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidades de submeter-se às limitações postas por este. Essa liberdade, aqui preconizada, é legítima enquanto exercida no interesse da justiça social. Pode ser entendida como liberdade fundamental relativa, pois passa a ser entendida como ilegal à medida que seja realizada com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário. Daí por que a iniciativa econômica pública, embora sujeita a outros tantos condicionamentos constitucionais, se torna legítima, por mais ampla que seja, quando destinada a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

A liberdade de iniciativa econômica privada não sofre compressão só do Poder Público. Este efetivamente o faz com legitimidade nos termos da lei, quer regulando a liberdade de indústria e comércio, em alguns casos impondo a necessidade de autorização ou permissão para determinado tipo de atividade econômica, quer regulando a liberdade de contratar, especialmente no que tange às relações de trabalho, mas também quanto à fixação de preços, além da intervenção direta na produção e comercialização de certos bens, pois como nos dita José Afonso da Silva⁴⁶:

o desenvolvimento do poder econômico privado, fundado especialmente na concentração de empresas, é fator de limitação à própria iniciativa privada, na medida em que a concentração capitalista impede ou estorva a expansão das pequenas iniciativas econômicas.

5.1. Fundamentos constitucionais da livre iniciativa

Esta expressão, na verdade, equivale a dizer: princípios constitucionais da ordem econômica. A Constituição os relaciona no art. 170, onde regra 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:

1. soberania nacional;

⁴⁶ SILVA, *idem*, p. 711.

2. propriedade privada;
3. função social da propriedade;
4. livre concorrência;
5. defesa do consumidor;
6. defesa do meio ambiente;
7. redução das desigualdades regionais e sociais;
8. busca do pleno emprego;
9. tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Alguns destes princípios se revelam mais tipicamente como objetivos da ordem econômica, como, por exemplo, o da redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego. Mas todos podem ser considerados princípios na medida em que constituem preceitos condicionadores da atividade econômica.⁴⁷

O que o art. 170 da Constituição nos revela um só objetivo a ser alcançado através de princípios e regras, a *justiça social*, que conforma a concepção de existência digna. Justiça social é um termo indeterminado, contingencial. Cada um observa o termo de acordo com sua ótica. Justiça social na Constituição é expressão que não designa meramente uma espécie de justiça, porém um dado ideológico. O termo *social*, na expressão não qualifica uma forma ou modalidade de justiça. O sentido desses dois termos numa expressão que define um objetivo da Constituição econômica é naturalmente distinto do que comumente conhecemos.

Justiça social quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista⁴⁸.

A Constituição de 1946 afirmava que a ordem econômica deveria “ser organizada conforme os princípios da justiça social” e não sofreu contestação pública nem dos mais radicais adeptos do liberalismo. A Constituição de 1967 afirmava: “ter a ordem econômica por fim realizar a justiça social”; a Emenda

⁴⁷ SILVA. Comentário Contextual à Constituição. *Op. cit.*, p. 792.

⁴⁸ GRAU. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. *Op. cit.*, p. 224.

Constitucional n. 1/69, ter ela por fim “realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social”. A concepção de existência digna, que a Emenda Constitucional n. 1/69 e a Constituição de 1967 faziam repousar apenas na valorização do trabalho humano e a Constituição de 1946 visualizava a segurança no trabalho (“a todos é assegurado trabalho”, parágrafo único do art. 145).

5.1.1. Soberania nacional econômica

A partir da Constituição de 1988 a ordem econômica brasileira, ainda de natureza periférica, terá de empreender a ruptura de sua dependência em relação aos centros capitalistas desenvolvidos. Esta é uma tarefa que a Constituinte, em última análise, confiou à burguesia nacional, na medida em que constitucionalizou uma ordem econômica de base capitalista.

O constituinte de 1988 não rompeu com o sistema capitalista, mas quis que se formasse um capitalismo nacional autônomo, isto é, não dependente. Com isso, a Constituição criou as condições jurídicas fundamentais para a adoção de desenvolvimento autocentrado, nacional e popular, que, não sendo sinônimo de isolamento ou autarquização econômica, possibilita marchar para um sistema econômico desenvolvido, em que a burguesia local e seu Estado tenham domínio da reprodução da força de trabalho, da centralização do excedente da produção, do mercado e a capacidade de competir no mercado mundial, dos recursos naturais e, enfim, da tecnologia.

A soberania é um dos elementos formais do Estado no conjunto de seus poderes institucionais, pelos quais exerce autoridade absoluta sobre qualquer outro poder, no âmbito interno, e situa-se no mesmo plano de poder de outros Estados.⁴⁹

A soberania interna é o império que o Estado exerce, coercitivamente, sobre seu território e sua população; e soberania externa é a independência e igualdade perante os outros Estados, seu poder de autodeterminação, esta última, segundo a Constituição, regradada como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 1º, I). Podemos entender que a soberania, em seu aspecto

⁴⁹ GUILMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário Técnico Jurídico*. São Paulo: Rideel, 2004. p. 489.

geral, compreende leis, atos e sentenças, ou qualquer declaração de vontade que não terão eficácia no Brasil quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública (inclusive a ordem econômica) e os bons costumes.

A formação capitalista da Constituição tem que levar em conta a construção do Estado Democrático de Direito, em que se envolvem direitos fundamentais do homem que não aceitam a permanência de profundas desigualdades, antes, pelo contrário, reclamam de uma situação de convivência em que a dignidade da pessoa humana seja o centro das considerações da vida social.

De acordo com José Afonso da Silva⁵⁰,

a burguesia nacional deve compreender esse sentido das normas constitucionais e empreender a soberania econômica nacional, ou corre o risco de numa ou outra etapa posterior, um novo constituinte assumir em definitivo, a tese da desconexão, que significa *desvencilhar os critérios da racionalidade das escolhas econômicas internas daqueles que governam o sistema mundial*. Se a burguesia é incapaz de desconectar, e se só uma aliança popular deve e pode convencer-se de que a desconexão é uma necessidade incontornável de todo projeto de desenvolvimento popular, a dinâmica social deve conduzir a inscrever o projeto popular numa perspectiva para a qual não encontramos outro qualificativo senão o do Socialismo.

Para Clóvis Beviláqua, segundo Plácido e Silva⁵¹,

a soberania é noção de Direito Público Interno. É esse Direito que nos diz como o Estado se constitui, que princípios estabelece para regular a sua ação, e que direitos assegura aos indivíduos. Quando aparece no campo do Direito Internacional, o Estado já está constituído, e, conseqüentemente, já se apresenta com a sua qualidade de soberano. O Direito Internacional respeita-a, acata-a, e o reconhecimento de um Estado pode ser interpretado como declaração que os outros fazem, de que, na qualidade de soberano, pode ser ingresso na comunhão internacional. Mas, por isso mesmo que tem a faculdade de limitar-se, vai submeter-se a preceitos, que lhe pautarão a conduta.

A soberania nacional promana da soberania do povo, escolhendo sua forma de governo e instituindo as bases políticas do Estado, a que se dá a organização política e econômica, que deve se submeter o empresário brasileiro ou o estrangeiro que pretenda investir no Brasil.

⁵⁰ SILVA. *Comentário Contextual à Constituição*. *Op. cit.*, p. 711.

⁵¹ PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 1309.

5.1.2. Propriedade privada e sua função social

Os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Se for assim, então, a propriedade privada que tem de atender a uma função social fica vinculada à consecução daquele fim.

Embora a própria Constituição tenha previsto a propriedade privada como direito individual (art.5º, XXII e XXIII) relativando-se seu conceito e seu significado dentro de uma ordem econômica, passa a ser socializada. O regime de propriedade denota a natureza do sistema econômico se ele passa a ser um princípio desta ordem social.

Como nos ensina José Afonso da Silva⁵²:

os conservadores da Constituinte, contudo, insistiram para que a propriedade privada figurasse como um dos princípios da ordem econômica, sem perceber que, com isso, estavam relativizando o conceito de propriedade, porque submetendo-o aos ditames da justiça social - de sorte que se pode dizer que ela só é legítima enquanto cumpra uma função dirigida à justiça social.

Vemos que a função social da propriedade privada é uma afirmação “revolucionária”, segundo Eros Roberto Grau,⁵³ que acrescenta:

embora se possa referir da função social das empresas estatais, v.g. – quais as funções sociais por elas cumpridas como prestadoras de serviço público e como idéia da função social como vínculo que atribui à propriedade conteúdo específico, de sorte a moldar-lhe um novo conceito, só tem sentido e razão de ser quando referida à propriedade privada. A função social da propriedade estatal qualitativamente nada inova, visto ser ela dinamizada no exercício de uma função pública e a referência à função social da propriedade coletiva, como vínculo a tangê-la, consubstanciaria um pleonasma.

Se analisarmos alguns preceitos em Constituições socialistas, veremos que a propriedade sempre foi justificada como modo de proteger o indivíduo e sua família contra as necessidades materiais, ou seja, como forma de prover sua subsistência⁵⁴,

⁵² SILVA. *Comentário Contextual à Constituição*. *Op. cit.*, p. 712.

⁵³ GRAU. *A ordem Econômica na Cosntituição de 1988*. *Op. cit.*, p. 232.

⁵⁴ GRAU, *idem*, p. 233.

como o art. 13 da Constituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, de 7 de outubro de 1977, que regra:

A base da propriedade pessoal dos cidadãos da URSS são as receitas provenientes do trabalho. Podem ser propriedade pessoal, objetos usuais, de consumo e comodidade pessoais e da economia doméstica auxiliar, a casa de habitação e as economias procedentes do trabalho. A propriedade pessoal dos cidadãos e o direito de herdá-las são protegidos pelo Estado.

Também os arts. 22 e 20 da Constituição da República de Cuba, de 15 de fevereiro de 1976:

Garantir-se-á a propriedade pessoal proveniente do trabalho próprio, sobre a vivenda que se possua com justo título de domínio e os demais bens e objetos que servem para a satisfação das necessidades materiais e culturais da pessoa e; garantir-se-á a propriedade sobre os instrumentos de trabalho pessoal do familiar que não explorar o trabalho alheio. O Estado reconhece a propriedade dos pequenos agricultores sobre suas terras e outros meios e instrumentos de produção.

Na civilização contemporânea, a propriedade privada deixa de ser o único, senão o melhor meio de garantia de subsistência individual ou familiar. Em seu lugar aparecem, sempre mais, a garantia de emprego e salário justo e as prestações sociais devidas ou garantidas pelo Estado, como a previdência contra os riscos sociais, a educação e a formação profissional, a habitação, o transporte, e o lazer. A função social da propriedade passou a ser entendida como princípio constitucional contra abusos cometidos no exercício da propriedade que encontra limitações, adequadas nas disposições que programam o chamado *poder de polícia estatal*.

A propriedade não constitui uma instituição única, mas sim o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens. Entre eles podemos citar a propriedade de valores mobiliários, a propriedade literária e artística, a propriedade industrial, a propriedade do solo, por exemplo. Nesta última, ainda, a propriedade do solo rural, do solo urbano e do subsolo.

A propriedade de bens de consumo e propriedade de bens de produção também se distingue da instituição pura de propriedade. A moderna legislação econômica considera a disciplina da propriedade como elemento que se insere no processo produtivo, ao qual converge um feixe de outros interesses que concorrem

com aqueles do proprietário e, de modo diverso, o condicionam e por ele são condicionados. Esse novo tratamento normativo respeita unicamente aos bens de produção, dado que o ciclo da propriedade dos bens de consumo se esgota na sua própria fruição. Apenas em relação aos bens de produção se pode colocar o problema do conflito entre propriedade e trabalho e do binômio propriedade-empresa. Esse novo direito implica prospecção de uma nova fase do direito de propriedade, diversa e distinta da tradicional, na opinião de Eros Grau⁵⁵.

Se a propriedade dos bens de produção deve realizar a *função social da propriedade*, no capitalismo, em regime de empresa, deve cumprir o objetivo de *função social da empresa*. Por isso já não é a função social da empresa um dever do proprietário, mas do controlador através da intervenção estatal.

Para José Afonso da Silva⁵⁶,

a propriedade de bens de consumo e de uso pessoal é, essencialmente, vocacionada à apropriação privada, porquanto são imprescindíveis à própria existência digna das pessoas, e não constituem nunca instrumentos de opressão, pois satisfazem necessidades diretamente; isto é, bens que servem diretamente ao sustento dos trabalhadores, tais como alimentos, roupas, alojamentos, etc. A função social desses bens consiste na sua aplicação imediata e direta na satisfação das necessidades humanas primárias, ou seja; a manutenção da vida humana, o que justifica até a intervenção do Estado no domínio de sua distribuição, de modo a propiciar a realização ampla de sua função social. E este é um dos princípios que se superpõe mesmo ao da iniciativa privada. Assim, a intervenção direta na distribuição de bens de consumo para fomentar ou mesmo forçar o barateamento do custo de vida, constitui um modo legítimo de fazer cumprir a função social da propriedade.

Essa noção de que “a propriedade obriga”, ou seja, que impõe encargos sociais para o titular do domínio, sofreu reorientação a partir de 1988, dando novamente sentido de democracia de caráter social-econômico, também em relação aos direitos fundamentais respeitantes à política urbana e à política agrícola e fundiária e à reforma agrária. Além disso, nossa Lei Maior passa a classificar e distinguir modalidades do domínio, conferindo maior ou menor proteção na medida de sua essencialidade.

⁵⁵ GRAU, *idem*, p. 236.

⁵⁶ SILVA. *Comentário Contextual à Constituição*. *Op. cit.*, p. 712.

Carlos Roberto Siqueira Castro em sua análise sobre a função social da propriedade nos diz:⁵⁷

a função social não pode ser construída como o dado externo, como qualquer coisa que se encontra fora da estrutura da propriedade, mas antes que a atribuição do direito é condicionada à realização das funções, dos fins que são atribuídos a cada um no âmbito da coletividade. A função social tem o significado de uma expressão englobante e sintetizadora dos limites legais e intrínsecos à propriedade, constituindo estes limites não a uma compreensão exterior do direito do proprietário, uma sanção pelo incumprimento de um dever, mas antes um elemento conatural do próprio direito a fim de que seja legítimo o seu exercício.

O sistema de apropriação privada, como o sistema de apropriação pública ou social, tende a organizar-se em empresas, sujeitas ao princípio da função social. O nosso sistema é o de propriedade privada dos meios de produção, o que revela ser ele basicamente capitalista. Nossa Constituição tenta civilizar esse sistema, buscando criar, no mínimo, um capitalismo social.

A empresa realiza e efetiva o poder econômico. O poder de dominação empresarial, portanto, é instrumento direto para a realização da existência digna de todos e da justiça social, correlacionando esta compreensão com a valorização do trabalho humano, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução de desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego. Disso decorre que tanto vale falar de função social da propriedade dos bens de produção, ou de função social da empresa, como de função social do poder econômico.

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

⁵⁷ CASTRO. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.378.

5.1.3. Livre concorrência e abuso do poder econômico

A livre concorrência (art. 170, IV) é uma manifestação da liberdade de iniciativa, e para garanti-la a Constituição estatui que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, § 4º).

Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam a tutelar o sistema de mercado e, especialmente, a proteger a livre concorrência contra a tendência da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico, que não é condenado pelo regime constitucional, mas não raro esse poder é exercido de maneira anti-social, cabe então ao Estado intervir para coibir o abuso.

Quando o poder econômico passa a ser usado com o propósito de impedir a iniciativa de outros, com a ação no campo econômico, ou quando o poder econômico passa a ser fator concorrente para um aumento arbitrário de lucros do detentor do poder, o abuso fica manifesto⁵⁸.

Essa prática abusiva, que decorre quase espontaneamente do capitalismo monopolista, é que a Constituição condena não mais como um dos princípios da ordem econômica, mas como um fator de intervenção do Estado na economia, em favor da economia de livre mercado. As leis antitrustes⁵⁹ existem, mas sem eficácia, segundo José Afonso da Silva. Na verdade, não existe mais economia de mercado nem livre concorrência do modo de produção capitalista, estas evoluíram para a forma oligopolista.

A economia está centrada nas grandes empresas e em seus agrupamentos. Portanto torna-se ineficaz a legislação tutelar da concorrência. A concentração

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 795.

⁵⁹ No Brasil vigora a Lei n. 8.884/1994, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Esta lei respeita à matéria que era regulada pelas Leis ns. 4.137/62 e 8.158/91 – que seu artigo 92 expressamente revoga. A Lei n. 8.158/91 instituía normas para a defesa da concorrência, voltando-se nitidamente à preservação do mercado como instituição de coordenação das decisões econômicas, adequada ao modo de produção capitalista; neste sentido, definia, em seu art. 3º, infrações à ordem econômica. A Lei n. 8.884/94 não veicula matéria penal; a matéria penal relativa à concorrência e à ordem econômica, é regulada pela Lei n. 8.137/90, que permanece vigente.

capitalista é uma realidade do Estado Industrial. Como assegura José Afonso da Silva:

a verdade é que não é preciso buscar, na regulamentação econômica da concorrência, o que não se encontra (ou jamais se encontrou). A concorrência não é (ou nunca foi) o que se acreditava que ela era à época em que nasceram as legislações antitrustes. Os fenômenos, as combinações, as posições dominantes, as práticas restritivas, as concentrações não são, em si mesmas, fenômenos patológicos, mas constituem, ao contrário, uma realidade fundamental do novo Estado Industrial - a ordem privada econômica⁶⁰.

A livre concorrência, no sentido que lhe é atribuído pela Constituição onde se refere ao livre jogo das forças de mercado na disputa pela clientela, acaba por supor desigualdade ao final da competição, a partir de um quadro de igualdade jurídico-formal. Essa igualdade, contudo, é recusada, bastando, para que se o confirme considerar as disposições contidas no art.170, IX que estipulam tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Para Miguel Reale Júnior⁶¹,

a desigualdade das empresas e dos agentes econômicos, é a característica de uma ordem econômica fundada na livre iniciativa, e que se processa por meio da livre concorrência. A desigualdade é inafastável em um regime de livre iniciativa, e gera a rivalidade, a livre concorrência. A livre concorrência, portanto, só sobrevive em uma economia sem igualdade. Nesse quadro, é de permitir-se a cada agente econômico a disputa, com todas as suas forças e armas, pelas presas do mercado.

A competitividade é que define a livre concorrência, mas por sua vez ela exige descentralização de coordenação como base de formação dos preços, o que supõe a livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção. A livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço. Do ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantia de uma sociedade mais equilibrada.

⁶⁰ SILVA. Comentário Contextual à Constituição. *Op. cit.*, p. 713.

⁶¹ Cf. GRAU. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. *Op. cit.*, p. 209.

Segundo Claude-Albert Colliard⁶²,

a sociedade livre é sociedade sob o primado da liberdade, em todas as suas manifestações e não apenas enquanto liberdade formal, mas, sobretudo, como liberdade real. A sociedade justa é aquela na direção que aponta o texto constitucional, que realiza justiça social. Solidária, é a sociedade que não inimiza os homens entre si, que se realiza no retorno, tanto quanto historicamente viável, que fraterniza e não afasta os homens uns dos outros.

5.1.4. Os princípios de integração

José Afonso da Silva considera de modo uniforme os fundamentos que compõem a ordem econômica da Constituição, sobre a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego, chamando-os de princípios da integração, porque todos estão dirigidos a resolver os problemas da marginalização regional ou social⁶³.

A defesa do consumidor afeta todo o exercício da atividade econômica. Analisando os interesses como difusos, coletivos ou individuais homogêneos, a defesa do consumidor, assim como outras preocupações constitucionais, carrega em si a virtude capitalista de, ao institucionalizá-los, promover a atomização dos interesses.

Para Fabio Konder Comparato⁶⁴:

a dialética produtor x consumidor é bem mais complexa e delicada do que a dialética capital x trabalho. Esta comporta definições claras e separações radicais, ao contrário daquela. A rigor, todos nós somos consumidores; o próprio Estado é consumidor, e dos mais importantes; e grande parte dos consumidores acha-se também, inserida no mecanismo da produção, direta ou indiretamente. Eis porque, na arbitragem de conflitos deste tipo, nem sempre nos deparamos com uma nítida distinção entre “fracos” e “poderosos” em campos opostos. Os consumidores mais desprotegidos, diante de uma medida administrativa que afete o organismo de produção para o qual trabalham, tenderão a tomar o partido deste e não da “classe” dos consumidores em geral. A consciência de classe é fruto de uma reflexão sobre a situação dos homens no ciclo de produção econômica, não no estágio do consumo de bens ou serviços. Nesta concepção a preocupação com a tutela do consumidor revela-se propriamente alienante.

⁶² Cf. GRAU, *idem*, p. 215.

⁶³ SILVA. *Comentário Contextual à Constituição*. *Op. cit.*, p. 715.

⁶⁴ COMPARATO. *Ensaio e pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.274.

Consumidor é, em regra, aquele que se encontra em uma posição de debilidade e subordinação estrutural em relação ao produtor do bem ou do serviço de consumo ou de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares dos bens de produção, isto é, os empresários. Para Eros Roberto Grau⁶⁵, esta concepção tem a virtude de bem apartar as situações de consumo e de fruição como a que coloca o *usuário* (contemplativo) do patrimônio-artístico-natural.

As medidas voltadas à defesa do consumidor são expressões de ordem pública. A sua promoção deverá ser efetivada mediante a implementação de específica normatividade e de medidas dotadas de caráter interventivo. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) e a Lei de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica (Lei n. 8.884/94), alcançam até o momento os objetivos que se espera e que são ordem constitucional.

A defesa do meio ambiente é amplamente normatizada no art. 225 da Constituição, mas tendo sido elevada ao nível de princípio da ordem econômica, surte o efeito de condicionar a atividade produtiva ao respeito do meio ambiente e possibilitar ao Poder Público interferir drasticamente, se necessário, para que a exploração econômica preserve a ecologia, especialmente com o aditamento que a Emenda Constitucional 42/2003⁶⁶ abrigou ao dispositivo, de tal sorte que a defesa do meio ambiente pode ser feita inclusive mediante tratamento diferenciado, conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação. Foi de extrema importância essa adição, porque reforça a possibilidade de intervenção do Poder Público para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como assim o deseja o mundo globalizado.

A Constituição dá vigorosa resposta às correntes que propõem a exploração predatória dos recursos naturais. De que nos adianta garantia de desenvolvimento e

⁶⁵ Cf. GRAU, *idem*, p.250.

⁶⁶ Art. 1º Os artigos da Constituição a seguir enumerados passam a vigorar com as seguintes alterações:

.....
Art. 170.

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: (...).

pleno emprego se não haverá um ambiente saudável que garanta a sustentabilidade desses objetivos? A vida digna que por tantos anos perseguimos seria perdida. A realização desta ordem, assegurar a todos existência digna, não teria seu fim alcançado.

Os ditames da justiça social, em que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, também serão alcançados se o meio empresarial fizer sua parte.

O desenvolvimento nacional que cumpre realizar, um dos objetivos da República Federativa do Brasil, e o pleno emprego que impende assegurar supõem economia auto-sustentada, suficientemente equilibrada para permitir ao homem reencontrar-se consigo próprio, como ser humano, e não apenas como um dado ou índice econômico.

Eros Roberto Grau⁶⁷ nos demonstra como, desde o início da década de 80 do século passado, a preocupação com o desenvolvimento econômico auto-sustentável já era discutida:

Variedade e fertilidade genética crescem dos Pólos para o Equador, onde a diversidade se multiplica e as transformações se apuram com maior intensidade. Admitida a metáfora, a preservação do patrimônio genético - sua diversidade e integridade - diante do neodilúvio das queimadas e outras formas de destruição ecológica, bem assim da exploração econômica predatória, é uma tarefa de Noé. Cuida-se de preservar o patrimônio genético animal e vegetal, esta fonte inesgotável de fármacos e nutrientes, cuja comercialização dá conta da sua extrema relevância, da qual ainda não nos apercebemos. Aí a importância da Amazônia, não como produtora de oxigênio - missão das algas - porém como sítio onde esse patrimônio se encontra localizado e no âmbito do qual intensamente se processa a dinâmica do ecossistema, produzindo novas variedades e eliminando as antigas. Por certo que o preceito também provê a soberania econômica nacional. A propósito, poderia a Constituição ter estabelecido, como uma emenda construída por especialistas, que o patrimônio genético das espécies nativas pertence à União. (Albert Sasson, "*La conservation des ressources vegetables*", in *La Recherche*, n. 181, out. 1986, pp. 1.282 e ss.).

A intervenção do Estado na defesa ao meio ambiente como princípio da ordem econômica está regradada especialmente na Lei n. 9.605/98 e no Decreto n. 3.179/99.

⁶⁷ GRAU. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. *Op. cit.*, p. 252.

A redução das desigualdades regionais e sociais é também um dos objetivos fundamentais da República Federativa (art. 3º, III). De um lado, os direitos sociais e os mecanismos da Seguridade Social são preordenados com o objetivo de buscar um sistema que propicie maior igualdade das condições sociais e por outro lado a preocupação constitucional com a solução das desigualdades regionais, prevendo mecanismos tributários e orçamentários para tanto.

O plano de desenvolvimento econômico e social deverá ser aprovado pela União, através de lei, de onde se pode evoluir para um planejamento em que o plano nacional venha a ser um conjunto ordenado de diretrizes e bases, como prevê o art. 174, § 1º. Esse conjunto de medidas deve ser complementado com incentivos regionais, que hão de ser articulados com as prioridades estabelecidas nos planos regionais e com a regionalização orçamentária especialmente pela outorga de incentivos regionais como: igualdade de tarifas, fretes, seguros e outros itens de custos e preços de responsabilidade do Poder Público; juros favorecidos para financiamento de atividades prioritárias; isenções, reduções ou deferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas; prioridade para o aproveitamento econômico e social dos rios e das massas de água represadas ou represáveis nas regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas.

Destas medidas previstas constitucionalmente para redução das desigualdades regionais e sociais podemos ressaltar a Agência de Desenvolvimento da Amazônia – ADA, criada em 2001 e regulamentada em 2002 e a Agência de Desenvolvimento do Nordeste – Adene, criada em 2001 e também regulamentada em 2002.

A busca do pleno emprego é um princípio diretivo da economia que se opõe às políticas recessivas. “Pleno emprego é expressão abrangente da utilização, no máximo grau, de todos os recursos produtivos”⁶⁸.

⁶⁸ SILVA. Comentário Contextual à Constituição. *Op. cit.*, p. 714.

Este fundamento da ordem econômica aparece com o objetivo de propiciar trabalho a todos quantos estejam em condições de exercer uma atividade produtiva. Trata-se do pleno emprego da força de trabalho capaz. Ele se harmoniza com a regra de que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano. Isso impede que o princípio seja considerado apenas como mera busca quantitativa, em que a economia absorva a força de trabalho disponível, como o consumo absorve mercadorias. Quer-se que o trabalho seja a base do sistema econômico, receba o tratamento de principal fator de produção e participe do produto da riqueza e da renda em proporção de sua posição na ordem econômica.

A propriedade dotada de função social obriga o proprietário ou o titular do poder de controle sobre ela ao exercício desse direito-função, até para que se esteja a realizar por fim o pleno emprego.

O princípio da *busca do pleno emprego* é indiretamente uma garantia para o trabalhador, mas é uma norma-objetivo dotada de caráter constitucional conformador, a justificar a reivindicação pela realização de políticas públicas⁶⁹.

O último dos chamados princípios da ordem econômica é o do *tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País* (redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional n. 6/95)⁷⁰. O preceito originalmente referia tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. Este princípio está parcialmente reproduzido no art. 179 da CF, que diz que o Poder Público em todas as instâncias e competências dispensará às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

“O país só deixa de ser uma sociedade basicamente rural, passando a ser predominantemente urbana, durante as décadas dos sessenta e setenta.

⁶⁹ GRAU, *idem*, p. 252.

⁷⁰ Art. 1º O inciso IX do art. 170 passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 170.

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

Os avanços de industrialização e de urbanização, no entanto, se processam de modo desuniforme, exacerbando ainda mais as desigualdades regionais. Uma parcela do setor agrário é modernizada; a outra, porém, permanece esclerosada. A urbanização se dá de modo desenfreado, descontrolado, com o crescimento anárquico das cidades, dando lugar a um vergonhoso processo de favelização. O projeto de ordenação das metrópoles consolidadas e daquelas emergentes é comprometido, em sua raiz, pelo centralismo fiscal. A reforma tributária e a reforma administrativa, na década dos sessenta, permitiram a dinamização de uma política de subsídios inteiramente irresponsável. Reforma bancária, de um lado, e uma violenta política de “arrocho salarial”, também na década desencadeada, conduzem à emergência de novas elites. O maior mercado nacional, instalado no Estado de São Paulo e sua periferia, constitui uma sociedade distinta. Criam-se condições e circunstâncias que já não permitem o reconhecimento do trabalhador brasileiro. A ele aqui são impostas as mais vis condições de existência, e mais além, no extremo oposto, encontram-se outros que, organizados em sindicatos fortes, são capazes de conquistar condições de sobrevivência⁷¹.

Essa heterogeneidade que caracteriza a sociedade brasileira, é que, a um tempo só, confere complexidade e riqueza à ordem econômica na Constituição de 1988. Nela, o reflexo correto da realidade nacional.

⁷¹ GRAU. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. *Op. cit.*, p. 339. Texto de Wilson Cano – *Questão regional e urbanização no desenvolvimento econômico brasileiro pós 1930*, Unicamp, 1988, texto reprografado, como assessor da bancada paulista na Constituinte, de parte dos trabalhos ali empreendidos.

6 ESTRUTURAS DO DIREITO PRIVADO PARA O EXERCÍCIO DA LIVRE INICIATIVA

O princípio da liberdade de iniciativa econômica inscreve-se pela primeira vez no Decreto d'Allarde, de 17 de março de 1791 (França), cujo art. 7º determinava que, a partir de 1º de abril daquele ano, seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aproovesse, sendo contudo ela obrigada a se munir previamente de uma "patente" (imposto direto), a pagar as taxas exigíveis e a se sujeitar aos regulamentos de polícia aplicáveis.

Percebe-se que no princípio, nem mesmo em sua origem, se consagrava a liberdade absoluta de iniciativa econômica.

"Dela – livre iniciativa – deve-se dizer, inicialmente, que expressa desdobramento de liberdade"⁷². A liberdade de iniciativa econômica não se identifica apenas com a liberdade de empresa. É certo que ela abrange todas as formas de produção, individuais ou coletivas, e as empresas são apenas formas de organização com características substancial e formal (jurídica) de índole capitalista. Entre as formas de iniciativa econômica encontramos, além da iniciativa privada, a iniciativa cooperativa, a autogestionária e a iniciativa pública. Quanto a esta última, como se trata de iniciativa do Estado e de entidades públicas, não poderia caber em formas de direitos do homem ou direitos fundamentais, como preconizado no art. 1º, IV da Constituição. Mas como nos ensina o Ministro Eros Grau: "a atividade que o serviço público oferece não é de livre iniciativa, mas à sua prestação, deve o Estado não opor empecilho à liberdade humana, no quanto seja socialmente prezável"⁷³.

⁷² GRAU. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. *Op. cit.*, p. 201.

⁷³ GRAU, *idem*, p. 207.

6.1. Liberdade de empreender

No Brasil, recentemente começou a se reconhecer que o empresário tem um papel relevante na economia. Mas mesmo assim ainda se vê muitas vezes a conotação pejorativa que se tinha: o comerciante era o “tubarão”, por isso o sonho do jovem era trabalhar numa grande estatal ou numa grande multinacional. Só depois da crise de emprego se começou a dar mais atenção para o empreendedor. Mas a sociedade brasileira ainda não valoriza o empresário como o responsável pelo comércio e pela riqueza do país. Aqui se dá muito mais valor e importância ao governo, embora nada produza⁷⁴.

Uma empresa pode ser explorada por uma pessoa física ou jurídica. No primeiro caso, o exercente da atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços se chama empresário individual; no segundo sociedade empresária. Tanto o empresário individual como as sociedades empresárias estarão gerenciando uma empresa e tornando-se empreendedores.

O preceito inscrito no parágrafo único do art. 170, na afirmação de que reiteraria o caráter liberal da ordem econômica na Constituição de 1988, tem relevância normativa duvidosa ou menor, segundo Eros Roberto Grau⁷⁵,

pois a postulação primária da liberdade de iniciativa econômica é a garantia da legalidade, liberdade de iniciativa econômica é liberdade pública precisamente ao expressar *não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude da lei*, o que nos remete à sujeição ao princípio da legalidade em termos absolutos.

Vimos que há imposição, pelo Estado, de autorização para o exercício de qualquer atividade econômica. O princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV) sempre terá feição de liberdade de iniciativa econômica, limitada pela lei.

No final do século XIX e início do século XX, os empreendedores foram freqüentemente confundidos com os administradores, sendo analisados meramente de um ponto de vista econômico, como aqueles que organizam a empresa, pagam empregados, planejam, dirigem e controlam as ações desenvolvidas na organização, mas sempre a serviço do capitalista.

⁷⁴ FURTADO, Celso. *Introdução ao desenvolvimento – Enfoque histórico-estrutural*. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 8.

⁷⁵ GRAU, *idem*, p. 205.

Aqui, o empreendedorismo começou a ganhar força na década de 1990, durante a abertura da economia. A entrada de produtos importados ajudou a controlar os preços, uma condição importante para o país voltar a crescer, mas trouxe problemas para alguns setores que não conseguiam competir com os importados, como foi o caso dos setores de brinquedos, calçados e confecções, por exemplo. Para ajustar o passo com o resto do mundo, o País precisou mudar. Empresas de todos os tamanhos e setores tiveram que se modernizar para poder competir e voltar a crescer. O governo deu início a uma série de reformas, controlando a inflação e ajustando a economia. Em poucos anos o País ganhou estabilidade, planejamento e respeito. Investidores de outros países voltaram a aplicar seu dinheiro no Brasil e as exportações aumentaram.

As habilidades requeridas de um empreendedor podem ser classificadas em três áreas: Técnicas: envolve saber escrever, ouvir as pessoas e captar informações, ser organizado, saber liderar e trabalhar em equipe; Gerenciais: incluem as áreas envolvidas na criação e gerenciamento da empresa (marketing, administração, finanças, operacional, produção, tomada de decisão, planejamento e controle); e Características pessoais: ser disciplinado, assumir riscos, ser inovador, ter ousadia, persistente, visionário, ter iniciativa, coragem, humildade e ter paixão pelo que faz.

Segundo dados do Sebrae⁷⁶, no Brasil, apenas 14% dos empreendedores têm formação superior e 30% nem sequer concluíram o ensino fundamental, enquanto nos países desenvolvidos, 58% dos empreendedores possuem formação superior. Quanto mais alto for o nível de escolaridade de um país, maior será a proporção de empreendedorismo por oportunidade.

Em 1989, logo após a promulgação da Constituição Federal, começou a ser elaborado o Estatuto da Micro e Pequena Empresa no Congresso Nacional, por várias razões. A primeira é a geração de empregos, não só no aspecto quantitativo, mas também por serem elas fontes de primeiro emprego, funcionando como formadora de mão-de-obra para o mercado, absorvendo mão-de-obra especializada.

⁷⁶http://www.sebraesp.com.br/topo/centro_empreendedor/documentos_centro_empreendedor/empreendedorismo_brasil2006.pdf

No ponto de vista social, também são muito importantes porque elas são a base de uma classe média empresarial que é o fator de estabilidade desse país. E do ponto de vista geográfico, há localidades em que só a micro e pequena empresa chega.

Havia uma visão equivocada no começo da discussão sobre a micro e pequena empresa, que as considerava como sinônimos de baixa eficiência, baixos usos de tecnologia. Com a revolução da informática e das telecomunicações isso acabou mudando. Agora se está chegando a um outro estágio, no qual mais do que em micro e pequena empresa, está se falando de empreendedorismo, de empreendedor. A diferença é que pode haver o empreendedorismo latente, que não se transforma em uma empresa, e aquele que se transforma. Quando se fala de pequena e micro empresa, está se falando de uma empresa constituída, que já venceu as barreiras, as limitações de um ambiente hostil. Quando se fala de empreendedorismo, temos o empreendedor potencial, que vira empresário e aquele que faz abortar, pela falta de um ambiente institucional adequado. Quando se discute empreendedorismo, discute-se muito o ambiente institucional. As instituições estimulam ou desestimulam. Tomemos o exemplo de povos que têm uma mesma natureza, Taiwan e China. Há vinte anos, o povo é o mesmo, chinês. O taiwanês foi um povo que saiu da China e foi para Taiwan. Em poucos anos, Taiwan se tornou uma grande economia do ponto de vista tecnológico, comercial, enquanto a China, antes da abertura, não tinha empreendedorismo. Era o mesmo povo. A diferença é que num dos países se tinha liberdade de empreender, no outro não.

A burocracia imposta pelo Estado para abrir, administrar ou fechar uma empresa é um grande empecilho para um empreendedor. Quando se fala de instituições, não dizemos respeito apenas às leis, regulamentos, normativas, Constituição. Temos burocracia na tributação excessiva e na dificuldade de acesso ao crédito. A valorização da sociedade é importante para que mais gente queira buscar o sucesso, e queira enfrentar o mercado.

No mundo todo, praticamente todos os países têm algum tipo de política especial para empresas menores. Isso decorre da constatação de que elas enfrentam mais dificuldades do que as empresas maiores numa economia de competição⁷⁷.

⁷⁷ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 213.

Quando foi editado e promulgado o Estatuto da Micro e Pequena Empresa, houve um reconhecimento mais em caráter formal da importância da categoria do que outra coisa, porque o estatuto em si não trazia grandes benefícios. O que veio realmente trazer os benefícios foi o Simples, do ponto de vista fiscal. Recentemente foi aprovada a Lei Geral da Micro e Pequena Empresa, que amplia o Simples. Ela amplia os valores que estabelecem sua nomenclatura, inclui Estados e Municípios e a legislação trabalhista e previdenciária, que estavam fora do Simples. Houve uma simplificação da tributação, embora continue restringindo alguns setores.

Hoje há uma geração jovem de empreendedores, muito atraídos pela tecnologia, principalmente da informática. Há muitas empresas, micro e pequenas, com alta capacitação tecnológica, quando, há alguns anos, as empresas de alta tecnologia eram basicamente as grandes. Isso é fruto não só do progresso do país, mas também do progresso da tecnologia. No mundo globalizado, acabam as fronteiras, facilitando muito mais a difusão da tecnologia. É um avanço, mas ainda falta muito. Nós temos pouca integração universidade-empresa, atividade que existe em outros países.

A informalidade empresarial também é um problema sério a ser enfrentado pelo Estado. Há um número extremamente elevado de empresas informais e pessoas que trabalham por conta própria, totalmente à margem de qualquer legislação e qualquer proteção legal. Uma grande discussão sobre a questão da informalidade se formou entre os economistas, porque há custos para o informal. Só que o custo da formalidade é maior do que o da informalidade. Se não se conseguir reduzir o custo da formalização, vamos ter que continuar tendo esse exército de "informais". A informalidade reduz a eficiência da própria atividade econômica e da economia como um todo. Há pessoas que são informais por vocação, mas a grande maioria gostaria de se formalizar e crescer, isso é da natureza humana.

Dentro do ambiente institucional é fundamental: estabilidade e flexibilidade das regras e crescimento da economia. O crescimento da economia é alavancado pelos empresários. Para isso o Estado, no seu papel interventor, tem que ser um peso burocrático e fiscal menor para quem produz.

6.1.1. A liberdade empresarial de associação

A liberdade de associação empresarial é regradada no dispositivo da ordem econômica, que dispõe que “a lei apoiará o cooperativismo e outras formas de associativismo” (art. 174, § 2º).

Esta liberdade, de acordo, com o dispositivo constitucional citado, contém quatro direitos: o de criar associação (e cooperativas na forma da lei), que não depende de autorização; o de aderir a qualquer associação, pois ninguém poderá ser obrigado a associar-se; o de desligar-se da associação, porque ninguém poderá ser compelido a permanecer associado; e o de dissolver espontaneamente a associação, já que não se pode compelir a associação a existir.

A Constituição faz duas restrições expressas à liberdade de associar-se: veda-se a associação que não seja para fins lícitos ou de caráter paramilitar. No mais, têm as associações o direito de existir, permanecer, desenvolver-se e expandir-se livremente.

O dispositivo constitucional da ordem econômica incentivando o corporativismo e qualquer outra forma de associativismo revela-se com uma dimensão social, que importa estimular, incentivar e apoiar⁷⁸.

Associação é, no dizer de Pontes de Miranda⁷⁹,

toda coligação voluntária de algumas ou de muitas pessoas físicas, por tempo longo, com o intuito de alcançar algum fim (lícito), sob direção unificante. Não está em causa a personalidade, nem, sequer, certa capacidade indireta de direito, como a de receber benefícios, v.g. Por outro lado, não pode invocar o princípio constitucional a pessoa jurídica que se proponha a associar-se a outras pessoas jurídicas, ou a pessoas físicas; nem a que deseje aderir ao negócio jurídico de associação.

Os elementos de liberdade de associação empresarial são: base contratual, permanência, fim lícito. “A ausência de fim lucrativo não parece ser elemento de associação”, segundo José Afonso da Silva⁸⁰, que sugere que o texto constitucional abrange também as sociedades lucrativas. Então, a liberdade de associação inclui tanto as associações em sentido estrito (em sentido técnico estrito – associações

⁷⁸ SILVA, Comentário Contextual à Constituição. *Op. cit.*, p. 724.

⁷⁹ *Idem*, p. 266.

⁸⁰ *Idem*, p. 267.

são coligações de fim não lucrativo) e as sociedades empresariais (coligações de fim lucrativo).

6.1.2. O contrato como elemento de liberdade de associação

Na fase do Estado liberal foram construídos os grandes princípios que regulam a relação negocial clássica, que se dá pela manifestação de vontade livre de quem propõe e a manifestação livre de quem aceita. Portanto, o acordo, o consentimento, é o substrato a que se voltam esses princípios, que são: o princípio da autonomia da vontade, o princípio da relatividade subjetiva e o princípio da obrigatoriedade, ou seja, para celebrar contratos, as pessoas são livres, o que se acorda se torna obrigatório para as partes e não ultrapassa as pessoas das partes do negócio jurídico. O atual estágio de complexidade das relações negociais nos convida a repensar, a afirmar outros princípios, ao lado desses ou em contraposição a esses, que melhor possam explicar os fenômenos negociais do final do século XX e início do XXI.

No contrato de seguro-saúde, por exemplo, a impessoalidade da relação se dá, sobretudo, em face daquele que necessita do serviço e não pode realizar o contrato que, segundo o modelo que as grandes codificações estabeleceram, pressupõem a livre manifestação de vontade, a liberdade de escolher do contratante, o tipo contratual e o conteúdo contratual. O que se tem hoje nessas relações de massa é a sujeição do sujeito contratual ao regulamento negocial, que, se formos ver, são praticamente codificações privadas, embora ainda recebam o nome de contrato, mas é um contrato em que apenas a pessoa o firma com sua assinatura e escolhe o tipo de seguro, sem poder acordar sobre as cláusulas que mais lhe interessem.

Hoje o que temos é uma transformação do Estado social, sobretudo da década de 1990 para cá, convertendo-se de um Estado empreendedor em um Estado regulador. Temos a dizer que o que está se percebendo, na transformação do direito contratual, é a chamada mão visível do Estado, que passa a controlar o mercado. Como compatibilizar esse fenômeno com o discurso neoliberal, que aponta para o Estado mínimo, ou seja, o Estado que não regula? É nessa situação própria que a evolução do Direito transparece com regulações que são típicas da

virada de século, como: controle do mercado, legislação de livre concorrência, tutela do consumidor, afirmação e busca da qualidade dos produtos e serviços. Isso tudo se faz mediante a afirmação do Direito. O fenômeno próprio do Estado social é a tutela da parte mais fraca da relação, é dizer, o contratante, que a lei presume mais fraco, ou seja, o rico que pega um produto no supermercado que pode lesar sua saúde está na mesma situação de hipossuficiência do pobre, que comprou o mesmo produto. Por isso que, em vez de consentimento, o Direito aponta para outras categorias, tais como: o dever de informar, que gera responsabilidade pré-contratual, que os nossos Códigos tradicionais não cuidam.

Se compararmos os princípios do Estado liberal com os princípios que estão presentes no Estado social contemporâneo, veremos que o primeiro pouco tem a ver com essas situações. Não se fala apenas de contratos de adesão a condições gerais, mas dos contratos massificados. A realidade do final de século e início deste é a da população explodindo, no mundo inteiro, de intensificação do processo de urbanização. O Brasil virou o século com três quartos da população vivendo em cidades, ou seja, com outros valores e conceitos submetidos a situações de massificação em que a liberdade reflete apenas liberdade de obter um produto ou um serviço que esteja posto no mercado e nisso está reduzida a possibilidade de escolha.

Os novos princípios, que estão marcando muito mais fortemente a natureza e a essência dos contratos, são: o princípio da função social, da igualdade material, da boa-fé objetiva e da equivalência contratual. Ou seja, superamos o plano do contrato liberal, que é baseado na igualdade formal, portanto, na abstração dos sujeitos, e agora o direito contratual se volta para verificar, efetivamente, qual a força ou o poder de cada parte contratante. Por isso que o princípio da função social supera a função individual que esteve presente no modelo liberal. Além da função individual, que evidentemente continua nenhum contrato pode ser admitido pelo Direito, se lesar os interesses e valores constitucionalmente estabelecidos, como por exemplo, o da justiça social, que é o macroprincípio estabelecido no artigo 170 da Constituição. Ele não está posto ali por acaso. É uma justiça promotora – ao contrário da justiça dos gregos, que é a justiça comutativa, que foi sempre chamada

"a justiça própria dos contratos" e reabsorvida no modelo liberal – que leva em consideração a desigualdade real das pessoas.

Por isso que a Constituição, em dois momentos, tanto no artigo 3º, quanto no artigo 170, se refere à necessidade de redução das desigualdades econômicas e sociais. Nenhuma atividade negocial pode ser realizada em afronta ao princípio da justiça social, que contém necessariamente conceitos indeterminados, que vão ser preenchidos em cada momento pela mediação concretizadora do julgador, que seja capaz de captar os valores de uma determinada sociedade.

Não nos cabe imaginar hoje um direito contratual que afastasse a proteção ao consumidor. Seria, no mínimo, uma agressão à evolução histórica, uma desconsideração à realidade social. Isso porque a Constituição converteu a norma em normas-princípios de conformação do sistema, hierarquicamente superiores, condicionando o conteúdo dos direitos infraconstitucionais. Nesse nível são os princípios da função social, da vedação a abusos do poder econômico, da regulação da atividade econômica entre outros. A Constituição hoje é o centro unificador do direito privado. Apesar do poder de mando das empresas, a Constituição é capaz de assegurar valores como o da dignidade da pessoa humana.

6.2. Empresários e sociedades empresárias

No final do século XX, o Estado capitalista tenta reassumir feições liberais, que o haviam caracterizado, ideologicamente, na origem. Isto é, ele procura se livrar de algumas das funções de intervenção na economia, que, após a crise de 1929 (depressão mundial), lhe foram reservadas. Esta tentativa se traduz em medidas de interesse para o direito, como a privatização de estatais, a reforma da Previdência e a mudança da disciplina da concorrência.

A crescente complexidade da economia que hoje não é regional e sim global e a necessidade de se evitarem ao máximo as periódicas crises do capitalismo afastam de qualquer cenário projetado, o ressurgimento do estado do laissez-faire. Alguns benefícios trabalhistas poderão vir a ser suprimidos, ficando condicionados à previsão em acordos coletivos intersindicais, como já acontece em alguns países da Europa. Nas relações de consumo, a interpretação jurisprudencial pode identificar

uma margem maior de atuação da autonomia privada, mas permanecerão vigentes normas de coibição a práticas comerciais abusivas e assim por diante. O ramo jurídico mais sensível a esse processo de mudanças será o da disciplina das atividades econômicas.

“O princípio da autonomia da vontade significa que as pessoas podem dispor sobre seus interesses, através de transações com as outras pessoas envolvidas. Estas transações, contudo, geram efeitos jurídicos vinculantes, se a ordem positiva assim o estabelecer. A autonomia da vontade, assim, é limitada pela lei”.⁸¹ Os diretamente envolvidos com o negócio no exercício da atividade econômica, hoje, têm autonomia, desde que respeitados os direcionamentos legais.

O princípio da igualdade, para fins de disciplina das relações entre pessoas privadas, significou no passado a proibição de privilégios. Atualmente, significa o amparo jurídico ao economicamente mais fraco, para atenuar os efeitos da desigualdade econômica⁸².

O princípio da isonomia como base para a disciplina das relações entre particulares apresenta-se mais como equalizador de pretensões de sujeitos inequivocamente desiguais e menos como exclusão de privilégios.

6.2.1. A empresa

Sempre existiram formas de trabalho organizadas e dirigidas. Contudo as empresas desenvolveram-se de forma lenta até a revolução industrial.

Deste a antiguidade, até 1780, o regime de produção esteve limitado a artesãos e a mão-de-obra intensiva e não qualificada, principalmente mais direcionada para a agricultura. O sistema de comércio era baseado na mercancia local.

Com a Revolução Industrial, as empresas sofreram um processo de industrialização ligado às máquinas. O uso do carvão, nova fonte de energia, veio a permitir um enorme desenvolvimento nos países. A empresa assume um papel relevante no desenvolvimento da sociedades, introduzindo novas máquinas

⁸¹ COELHO, Curso de direito comercial. *Op. cit.*, p. 11.

⁸² *Idem*, p. 12.

consoante o material que se queria produzir, como a máquina de fiar, tear, máquina a vapor, locomotivas, etc.

Os dois expoentes marcantes da fase do desenvolvimento industrial, são o aço e a electricidade. O ferro é substituído pelo aço, como fonte básica da indústria, e o vapor é transferido para a electricidade e derivados de petróleo. O desenvolvimento do motor de explosão e do motor eléctrico estabelecem uma relação entre a ciência e o avanço tecnológico das empresas. Isso fez que ocorresse o desenvolvimento dos transportes e das comunicações, o que permitiu encurtar as distâncias entre diferentes áreas, permitindo o desenvolvimento rápido do intercâmbio comercial.

Logo após, as empresas atingem enormes proporções, passando a atuar em operações de âmbito internacional e multinacional. Surgem os navios cada vez mais sofisticados e de grande porte, grandes redes ferroviárias e a malha rodoviária é cada vez mais acessível. O automóvel e o avião tornam-se veículos cada vez mais usuais, e com o aparecimento da televisão as distâncias encurtam-se.

Na modernidade, que corresponde à fase em que o desenvolvimento científico e tecnológico das empresas se afirma de forma surpreendente e a utilização de meios tecnológicos cada vez é mais necessária, torna-se mais notório o contraste entre os países do norte e do sul, começando a ser classificados por países desenvolvidos (os do norte, mais avançados em nível tecnológico e empresarial), e países em vias de desenvolvimento (países do sul, menos industrializados e mais rurais). Nos países desenvolvidos começam a circular novos materiais básicos (plástico, alumínio, fibras sintéticas, etc.). Além do petróleo e da electricidade são criadas novas formas de energia, como a nuclear e a solar. O surgimento de novas energias, como o circuito integrado e a informática, permite a sofisticação da qualidade de vida quotidiana. O uso de computadores e comunicação por satélite permite dinamizar as empresas. Existe uma relação direta entre empresa, consumo e publicidade. Os consumidores cada vez passam a ser mais exigentes em termos de tecnologia. Surge então a competição entre as empresas no intuito de satisfazer os clientes, o que leva de forma direta e indireta ao avanço tecnológico. Por trás desse avanço estão os estudos científicos. A ciência fica mais ligada à empresa.

Hoje em dia as empresas encontram-se num clima de turbulência. O ambiente externo delas caracteriza-se por uma complexidade e mobilidade que os empresários não conseguem administrar de forma adequada. As empresas lutam com escassez de recursos e cada vez é mais difícil colocar os produtos no mercado. A concorrência é acirrada. As empresas tendem a estagnar, o que não é recomendável, pois a empresa deve assumir-se como um sistema aberto a mudanças e inovações de todos os níveis. É neste momento que a intervenção do Estado se faz necessária. Através da legislação de proteção à empresa e sociedades empresárias, o Estado consegue manter um mínimo de equilíbrio entre os diversos setores da economia.

Quando no ano de 2004 o governo brasileiro abriu suas portas ao comércio irrestrito com a China, o setor empresarial brasileiro previu as dificuldades que teria de enfrentar. A proteção aos setores empresariais em dificuldade (tecelagem, calçados, brinquedos, etc.) chegou só em 2007, com a intervenção estatal a fim de baixar alíquotas de tributos federais (incentivos fiscais) e abertura de crédito cedido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Social (BNDS) a juros compensadores, intervenções pleiteadas pelos empresários há muito.

Em detrimento da abertura para a economia chinesa no Brasil, não podemos confundir esta atitude do governo brasileiro com a liberalização da economia que permite a entrada de produtos mundiais num país, com preços muito mais baixos, destronando a produção e causando desemprego local, que acabam por ser solucionados com a intervenção estatal, mesmo que tardia. O que se coloca em causa é a forma como esses produtos são produzidos, em condições sub-humanas, com exploração e violação de direitos humanos, ambientais e muitas vezes como uma qualidade questionável, isso sob os critérios estabelecidos pelas sociedades desenvolvidas.

6.2.2. A teoria da empresa

A teoria da empresa (no pensamento dos doutrinadores italianos como; Fanelli e Asquini, e também de Waldirio Bulgarelli) conceitua-se como sendo a atividade, cuja marca essencial são as obtenções de lucros com o oferecimento ao

mercado de bens ou serviços, gerados mediante a organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia)⁸³.

Empresa é atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Sendo uma atividade, a empresa não tem a natureza jurídica de sujeito de direito nem de coisa. Em outros termos, não se confunde com o empresário (sujeito) nem com o estabelecimento empresarial (coisa). Como atividade econômica, profissional e organizada, a empresa tem estatuto jurídico próprio, que possibilita o seu tratamento com a abstração até mesmo do empresário. A separação entre empresa e empresário é apenas um conceito jurídico, destinado a melhor compor os interesses relacionados com a produção ou circulação de certos bens ou serviços. Muitos interesses gravitam em torno da empresa, isto é, muitas pessoas, além dos sócios da sociedade empresária ou do próprio empreendedor individual, têm interesse no desenvolvimento da atividade empresarial. Portanto, o princípio da preservação da empresa, isto é, do empreendimento da atividade em si, é discutido mundialmente entre doutrinadores e juristas.

Nas legislações dos países centrais do capitalismo, a preocupação do processo falimentar tem sido a de garantir a não interrupção do desenvolvimento da atividade econômica explorada pelo falido, com o seu afastamento e responsabilização. No Brasil, a nova Lei de Falência e Recuperação Judicial (n. 11.101/05) acompanhou esta tendência de continuidade da atividade econômica da massa falida, em atenção aos muitos interesses que gravitam em torno da empresa, como os dos empregados, comunidade, consumidores, investidores, etc.

A unificação do direito civil ao comercial ocorrida com a aprovação do projeto de Código Civil de Miguel Reale, que tramitou no Congresso entre 1975 e 2002, modificou e modernizou nosso ultrapassado sistema comercial, incorporando na disciplina privada a atividade econômica. O novo Código Civil inspira-se no Codice Civile (italiano) e, adotando expressamente a teoria da empresa, incorpora o modelo italiano de disciplina privada da atividade econômica, trata-se de um texto

⁸³ COELHO. *Curso de direito comercial*. *Op. cit.*, p. 18. Segundo Fábio Ulhoa Coelho, esse modo de conceituar empresa, em torno de uma peculiar atividade, embora não seja totalmente isento de imprecisões, é coerente hoje em dia entre os doutrinadores.

sintonizado com a evolução dos sistemas de tratamento da economia, pelo ângulo das relações entre os particulares.

A teoria da empresa está em oposição à teoria dos atos de comércio, que fora adotada pelo Código Comercial de 1850.

Em linhas gerais, de acordo com a teoria dos atos de comércio, parte da atividade econômica era comercial, isto é tinha um regime jurídico próprio, diferenciado do regime jurídico de uma outra parte da atividade econômica, que se sujeitava ao direito civil. Isso significava dizer que certos atos estavam sujeitos ao direito comercial e outros não. Os atos de comércio eram os atos sujeitos ao direito comercial; os demais eram sujeitos ao direito civil. Ou seja, atos com conteúdo econômico poderiam ser civis ou comerciais. Na verdade a questão não era tão simples, pois a doutrina não conseguia estabelecer exatamente um conceito científico do que seria o ato de comércio, sendo mais fácil admitir que ato de comércio seria tudo que o legislador estabelecesse ter regime jurídico mercantil.

A teoria da empresa não divide os atos em civis ou mercantis. Para a teoria da empresa, o que importa é o modo pelo qual a atividade econômica é exercida. O objeto de estudo da teoria da empresa não é o ato econômico em si, mas o modo como a atividade econômica é exercida.

O artigo 966 do Código Civil de 2002⁸⁴ alcança também o chamado profissional liberal (advogado, dentista, médico, engenheiro, etc.), que apenas se submete ao regime geral de atividade econômica se inserir a sua atividade específica numa organização empresarial (na linguagem normativa, se for elemento de empresa). Caso contrário, mesmo que empregue terceiros, permanecerá sujeito somente ao regime próprio de sua categoria profissional. Os empresários rurais, por sua vez, são dispensados de inscrição no registro de empresas e dos demais deveres impostos aos inscritos. Não são excluídos do conceito de empresário, tal como os profissionais liberais, mas podem, por ato unilateral de vontade (inscrição

⁸⁴ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços.

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

no registro de empresa), ingressar ou não no regime geral de disciplina da atividade econômica.

Mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, o direito brasileiro já vinha adotando fundamentalmente a teoria de empresa. A evolução do nosso direito não ficou dependendo da reforma da codificação. Apesar da vigência de um Código Comercial ainda inspirado na teoria dos atos de comércio, a doutrina, jurisprudência e a própria legislação esparsa cuidaram de ajustar o direito comercial para que pudesse cumprir sua função de solucionar conflitos de interesses entre os empresários por critérios mais adequados à realidade econômica do último quarto do século XX.

O próprio Código de Defesa do Consumidor, de 1990, trata a todos os fornecedores de bens ou serviços, independentemente do gênero de atividade em que operam, submetendo ao mesmo tratamento jurídico os empresários do ramo imobiliário, industriais, prestadores de serviços, banqueiros e comerciantes.

O novo Código Civil concluiu a transição dos atos de comércio (Código Comercial) para a teoria da empresa, ao disciplinar no Livro II da Parte Especial, o direito de empresa. Como nos ensina Fábio Ulhoa Coelho, “note-se que não compromete a autonomia do direito comercial a opção do legislador brasileiro de 2002, no sentido de tratar a matéria correspondente ao objeto desta disciplina no Código Civil, já que a autonomia didática e profissional não é minimamente determinada pela legislativa”.⁸⁵

6.2.3. O empresário

O direito positivo brasileiro, em diversas passagens, organiza a disciplina normativa da atividade empresarial, a partir da figura da pessoa física, o Código Civil e a Lei de Falências são exemplos. Em nossa legislação, empresário é a pessoa que toma a iniciativa de organizar uma atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços. Essa pessoa pode ser tanto a física, que emprega seu dinheiro e organiza a empresa individualmente, como a jurídica, nascida da união de esforços de seus integrantes.

⁸⁵ COELHO. Curso de direito comercial. *Op. cit.*, p. 27.

As atividades econômicas de alguma relevância, mesmo as de pequeno porte, são desenvolvidas em sua maioria por pessoas jurídicas, por sociedades empresárias. O mais adequado seria o ajuste entre o texto legal e a realidade que se pretende regular, de modo que a disciplina geral da empresa (o exercício da atividade empresarial) fosse a relativa ao empresário pessoa jurídica, reservando-se algumas poucas disposições especiais ao empresário pessoa física. A pessoa jurídica empresária é cotidianamente denominada “empresa”, e os seus sócios são chamados “empresários”. Em termos técnicos, contudo, empresa é a atividade, e não a pessoa que a explora; e empresário não é o sócio da sociedade empresarial, mas a própria sociedade. De modo enfático; o integrante de uma sociedade empresária (o sócio) não é empresário, não está sujeito às normas que definem os direitos e deveres do empresário. O direito também disciplina a situação do sócio, garantindo-lhe direitos e imputando-lhe responsabilidades em razão da exploração da atividade empresarial pela sociedade de que faz parte. Mas não são os direitos e as responsabilidades do empresário que cabem à pessoa jurídica; são outros, reservados pela lei para os que se encontram na condição de sócio.

A lei disciplina regras gerais para a atividade empresarial. Mas, ao empresário rural e ao pequeno empresário, embora explorem profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, cuidou de excepcioná-los.

A atividade econômica rural é a explorada, normalmente, fora do meio urbano; isto, por razões de diversas ordens (materiais, culturais, econômicas ou jurídicas). São rurais, por exemplo, as atividades econômicas de plantação de vegetais, destinadas a alimentos, fonte energética ou matéria-prima (agricultura, reflorestamento), a criação de animais para abate, reprodução, competição ou lazer (pecuária, suinocultura, granja, eqüinocultura) e o extrativismo vegetal (corte de árvores), animal (caça e pesca) e mineral (mineradores, garimpo). Essas atividades são exploradas em dois tipos diferentes de organizações econômicas. Tomando-se a produção de alimentos, por exemplo, encontra-se na economia brasileira, de um lado, a agroindústria (ou agronegócio) e, de outro, a agricultura familiar. Naquela emprega-se tecnologia avançada e mão-de-obra assalariada (permanente e temporária), há a especialização de culturas em grandes áreas de cultivo; na

familiar, trabalham o dono da terra e seus parentes, um ou outro empregado, e, são relativamente mais diversificadas as culturas e menores as áreas de cultivo.

Devemos registrar que, ao contrário de outros países, principalmente na Europa, em que a pequena propriedade rural sempre teve e continua tendo importância econômica no encaminhamento da questão agrícola, entre nós, a produção de alimentos é altamente industrializada e concentra-se em grandes empresas rurais. Por isso a reforma agrária, no Brasil, apesar do que parece ter sido o entendimento dos constituintes de 1988 (art.187, § 2º)⁸⁶, não é solução de nenhum problema econômico, como foi para outros povos; destina-se a solucionar apenas problemas sociais de enorme gravidade (pobreza, desemprego no campo, crescimento desordenado das cidades, violência urbana, etc.). Em vista dessas características da agricultura brasileira, o Código Civil de 2002 reservou para o exercente de atividade rural um tratamento específico, dispensando-o de requerer sua inscrição no registro das empresas, mas querendo pode fazê-lo. Se optar pela inscrição será considerado empresário e submeter-se-á ao regime correspondente. Neste caso agirá como qualquer outro empresário ou sociedade empresária que deve manter sua escrituração regular, levantar balanços periódicos e pode falir ou requerer a recuperação judicial (deve ser a opção do agronegócio, da grande indústria agrícola). Sujeita-se, também, às sanções da irregularidade no cumprimento das obrigações gerais do empresário. Caso, porém, o empresário rural não requeira a inscrição no registro das empresas (titulares de negócios rurais familiares), não se considera juridicamente empresário e seu regime será o direito civil.

O microempresário e o empresário de pequeno porte têm constitucionalmente e em lei esparsa assegurado o direito a tratamento jurídico diferenciado: CF, art. 179⁸⁷ e Leis n. 9.317/96, que dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte (SIMPLES) e n. 9.841/99 que estabelece normas

⁸⁶ Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transporte, levando em conta, especialmente (...).

§ 2º. Serão compatibilizadas as ações de política agrícola e de reforma agrária.

⁸⁷ Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

para as microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP). O Código Civil, aparentemente em consonância com o preceito constitucional, dispensou o “pequeno empresário” da obrigação geral de registro na Junta Comercial. Essa última lei citada permite às microempresas ingressarem com ações na Justiça Especial de Pequenas Causas.

6.2.4. O autônomo

O Novo Código Civil não traz a definição de autônomo, entretanto, o parágrafo único do art. 966 nos revela quem não é considerado empresário, o que nos permite afirmar que estes são *autônomos*. Vejamos o que diz a lei:

Não se considera empresário aquele que exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, mesmo se contar com auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa (parágrafo único do art. 966).

O elemento da empresa refere-se à atividade desenvolvida pela empresa, isto é, faz parte do seu objeto social, e de como ela está organizada para atuar.

Pode-se afirmar que se consideram autônomos aqueles que atuam por conta própria como profissional liberal (advogado, dentista, médico, engenheiro, arquiteto, contabilista, etc.), que, na verdade, vendem serviços de natureza intelectual, mesmo que contem com o auxílio de empregados.

Além desses profissionais, também são consideradas autônomas as pessoas que realizam pequenos negócios, sem uma estrutura própria e adequada para desenvolver suas atividades. São os trabalhadores que atuam por conta própria (sem sócio) e que prestam serviços ou realizam vendas sem uma estrutura física (estabelecimento) adequada para exercer suas atividades, o que, portanto, descaracteriza a "atividade econômica organizada", conforme previsto no art. 966 do CC. Desta forma, o eletricitista, o encanador, o pintor de residências, por exemplo, que atuam por conta própria e que não possuem um estabelecimento organizado para prestar seus serviços, continuam a ser registrados na condição de autônomo, embora não exerçam profissão de cunho intelectual nos moldes do parágrafo único do artigo mencionado.

Por outro lado, será considerado empresário se estiver presente a atividade econômica organizada, como é o caso, por exemplo, do mecânico que possui uma oficina de automóveis com equipamentos, ferramentas, empregados, etc., para atender a seus clientes.

Essa proposição encontra guarida no dispositivo do Código Civil que conceitua estabelecimento, não só como complexo de bens organizado como também o local em que o empresário e a sociedade empresária exercem suas atividades⁸⁸.

6.2.5. O profissional liberal

Com relação à definição de profissional liberal, existem dois entendimentos doutrinários. Alguns autores usam a definição de profissional autônomo como sinônimo de profissional liberal. Outros estabelecem a definição pura de profissional liberal.

Para os que se afastam da definição técnico-legal, profissional liberal é aquele que trabalha por conta própria, sendo patrão de si mesmo e o autônomo exerce a sua atividade econômica de forma pessoal, ou com a colaboração de auxiliares subalternos ou até mesmo de outros profissionais, mas o que prevalece é o seu trabalho pessoal.

De acordo com a construção histórica e definição legal, diz-se que liberais são os profissionais, trabalhadores, que podem exercer com liberdade e autonomia uma profissão decorrente de formação técnica ou superior específica.

6.2.5.1.A profissão liberal e seu aspecto histórico

⁸⁸ Como dispõe o art. 1.142: “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

O início das atividades humanas se confunde com a própria origem da raça humana. Desde os primórdios, o homem já campeava algum modo para garantir sua subsistência, mesmo que fosse pela caça ou pela pesca cujo sucesso dependia apenas de suas destrezas manuais. Desse modo, mal sabia um dos nossos mais antigos ancestrais, o *homo habilis*, que estaria dando início ao que atualmente é denominado trabalho.

A concepção do vocábulo trabalho e o modo como ele é exercido difere bastante dos tempos passados, já que ele deixou de ser meramente manual. Atualmente

deve-se entender como trabalho todo esforço físico, ou mesmo intelectual, na intenção de realizar ou fazer qualquer coisa, dirigida como um fim econômico, isto é, para produzir uma riqueza ou uma utilidade, suscetível de uma avaliação ou apreciação monetária⁸⁹.

É faculdade de cada indivíduo escolher a espécie de trabalho em que deseja aplicar sua atividade, ou seja, é livre a escolha da profissão. Asseverando tal assertiva, de que é livre a escolha da profissão, o legislador constituinte assim proclamou no art. 5º, inciso XIII da Constituição Federal: "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendida as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

Já em um sentido mais amplo, a expressão profissão liberal, refere-se a qualquer atividade laborativa de caráter autônomo.

Torna-se difícil, se não impossível, precisar o marco histórico do surgimento da profissão liberal, já que inúmeros são os modos pelos quais essas profissões são exercidas. Pode-se dizer que sua origem surgiu concomitantemente com as necessidades humanas.

Com as grandes transformações ocorridas no cenário histórico, principalmente com a intensificação das atividades comerciais e industriais, as pessoas sentiram necessidade de se reunirem em pequenos vilarejos, denominados burgos e que posteriormente seriam conhecidos como cidades.

⁸⁹ PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 1413.

A partir de então, aumentou consideravelmente a quantidade de contratos realizados; evoluíram as técnicas utilizadas, e em alguns casos houve especialização, fazendo que certos ofícios pudessem ser exercidos apenas por profissionais com formação e registro habilitatório.

A formação e o registro habilitatório, requisitos para o exercício de certos ofícios, já foram elementos distintivos, iniciando-se por Roma. Os trabalhos que não requeriam conhecimentos técnicos especializados e que consistiam em simples trabalhos manuais eram denominados mercenários, cuja retribuição pelo serviço prestado denominava *merces* (salário).

Em contrapartida, os trabalhos profissionais (*operae liberales*), consistentes em tarefas ou serviços, eram aqueles exercidos por profissionais liberais, tais como médicos, advogados, professores, agrimensores etc. Para os romanos, o labor intelectual estava intimamente ligado à dignidade do homem, acarretando para o beneficiário o dever de reconhecimento e gratidão, podendo esta se converter em pecúnia, que não tinha o sentido de pagamento pelos serviços prestados, mas uma *gratia* ou *gratificatio*, espécie de compensação honorífica que deixava as partes devidamente compensadas.

A partir do século XVI até meados do século XVIII, durante a chamada era moderna, a profissão liberal viveu seu apogeu. Aqueles que a exerciam tiveram acesso ao rol dos ordenamentos jurídicos privados, objeto de vários privilégios que diferenciavam a classe desses profissionais (nobreza) das demais (burguesia). No entanto, durante a Revolução Francesa tais privilégios, como isenções de taxas tributárias e contribuições ao rei, desapareceram, já que os burgueses passaram a aderir às idéias de filósofos iluministas como Montesquieu, Diderot e Rousseau, que defendiam a igualdade de todos perante a lei⁹⁰.

Já no século XIX, as categorias profissionais se reergueram, elaborando seus próprios regulamentos internos, sendo parte realizada pelas próprias entidades profissionais interessadas e outras impostas pelo Estado⁹¹.

⁹⁰ CASTRO, A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais. *Op. cit.*, p. 58.

⁹¹ CASTRO, *idem*, p.62.

Outra característica de suma importância dessas entidades profissionais foi a obrigatoriedade de inscrição do profissional no catálogo das profissões, o que gerou uma condição de legitimidade para o exercício da atividade profissional e também uma fiscalização por parte das entidades que poderiam exercer seu poder disciplinar.

Atualmente, as categorias profissionais têm seguido as mesmas diretrizes já impostas no século XX, com poucas mudanças. É certo que muitas dessas categorias desapareceram devido aos grandes avanços tecnológicos e científicos enquanto várias outras, por este mesmo motivo, iniciaram suas atividades. Corroborou-se ainda mais a necessidade de o profissional ser registrado no seu órgão de classe para que exercesse sua profissão, caracterizando, assim, um verdadeiro monopólio profissional, já que, mesmo aquele que necessita do serviço e sabe fazê-lo, não poderá realizá-lo por não ostentar as qualificações legais pertinentes e até mesmo por uma de questão de segurança social.

Várias mudanças sociais, culturais, econômicas e técnicas têm ocorrido no cenário mundial, muitas vezes por exigência ou necessidade da própria sociedade. Do mesmo modo, a definição da expressão "profissional liberal" tem sofrido algumas mudanças, quer pelo avanço tecnológico e científico que fizeram surgir mais opções de trabalho, quer pelo grande número de cursos técnicos e profissionalizantes inseridos por instituições privadas.

Inicialmente foi considerado profissional liberal aquele que exercia atividade ausente de qualquer vinculação hierárquica e pelo exercício preponderantemente técnico e intelectual de conhecimentos. Verifica-se que à época, havia a inadmissibilidade de o profissional liberal ser considerado funcionário, ou seja, fazer parte de uma relação de emprego sendo empregado, já que ele necessita atuar sempre de forma independente, sem vinculação hierárquica. Além do mais, priorizaram a necessidade de a atividade laborativa ser exercida mediante aplicação de conhecimentos técnicos, que seriam obtidos mediante diploma de curso superior.

No entanto, tais argumentos já não prosperam nos dias atuais, pois mesmo quem não possua formação acadêmica ou universitária pode exercer uma profissão liberal, tal como aquele que frequentou os bancos acadêmicos.

Igualmente, a distinção entre trabalho técnico, manual e intelectual não deve florescer, até mesmo por uma imposição legal, visto que o inciso XXXII do artigo 7º da Constituição da República proíbe a distinção entre quaisquer desses trabalhos.

Fábio Ulhoa Coelho⁹² estabelece alguns critérios para definir o que seja um profissional liberal, partindo de elementos característicos e distintivos dessa profissão: a) habitualidade – aquele modo de vida adotado pelo profissional, que faz da sua profissão algo inerente à sua maneira de viver; b) regulamentação – mais do que um simples regulamento, exige-se a normatização da atividade; c) habilitação – deve-se entender que o exercício profissional pressupõe uma habilitação prévia; d) presunção de onerosidade – a presença da remuneração na relação contratual ou de consumo é de fundamental importância para definir o caráter oneroso do exercício profissional; e) autonomia técnica – mesmo assumindo a obrigação de prestação de serviços, ou até de natureza laboral, o profissional só deve ter subordinação de ordem jurídica, nunca de emprego ou de trabalho; f) vinculação a alguma corporação ou sindicato – determinadas profissões exigem filiação obrigatória à entidade de classe ou sindicato, outras deixam ao livre arbítrio do profissional.

Algumas das atividades realizadas por profissionais liberais podem também ser exercidas por pessoas que não possuam formação em curso universitário, técnico ou profissionalizante. Nesse caso, essas pessoas, mesmo não possuindo habilitação, poderão ser consideradas profissionais liberais? A resposta é negativa, segundo Fábio Ulhoa Coelho⁹³, pois ocorre que,

devido a habitualidade com que alguns serviços são prestados, muitas pessoas adquirem prática, não necessitando assim de posterior habilitação. Tais pessoas serão consideradas trabalhadores autônomos, o que os diferenciam dos profissionais liberais, mormente quando da apuração de sua responsabilidade na prestação de serviços. Cabe ressaltar ainda que a habilitação obtida em curso acadêmico, técnico ou profissionalizante não será considerada elemento para caracterizar um profissional liberal caso ele exerça atividade distinta para a qual ele foi habilitado. Portanto, podemos definir o profissional liberal como sendo a pessoa que, mediante uma formação em curso universitário, técnico ou profissionalizante, adquiriu habilitação para desenvolver uma atividade específica de serviço, regulamentada ou não por lei, com total autonomia técnica, podendo, até mesmo, ser assalariado.

⁹² COELHO. Curso de direito comercial. *Op. cit.*, p. 351.

⁹³ *Idem*, p. 352.

Já se foi o tempo em que se procurava um "clínico geral" ou um "médico da família", v.g., que detinha uma clientela cativa, imperando, sobretudo, a confiança mútua. Essa época foi marcada por existir um grande contato entre o cliente e o profissional, que normalmente também mantinham laços de amizade. No entanto, a relação cliente (consumidor) /profissional liberal (fornecedor de serviço) sofreu várias alterações na chamada era pós-moderna, inclusive criando a possibilidade de o profissional, tido como liberal, ser empregado.

Uma das características marcantes desse período, e que fazia que o consumidor escolhesse o profissional liberal, era a confiança nele depositada (honestidade, presteza, qualidade), o que gerou os chamados contratos *intuitu personae*. Esses contratos possuem caráter personalíssimo, sendo que as obrigações nele assumidas somente poderiam ser realizadas pelas pessoas que o contraem. No entanto, ocorreu uma mitigação de tal característica, não sendo mais necessária para caracterização do profissional liberal, pelo fato de as pessoas buscarem, freqüentemente, serviços oferecidos por associações, convênios, planos de saúde, cooperativas, etc., cujos custos são menores, sem mencionar nos serviços prestados pelo Estado. Nota-se que, nesses casos, os profissionais serão impostos pelas entidades (associações, convênios, planos de saúde, cooperativas) ou indicados pelo Estado para prestarem o serviço, sem que haja, muitas vezes, o elemento caracterizador dos contratos *intuitu personae*.

Do mesmo modo que se edificou a discussão sobre a existência ou não da característica *intuitu personae* nas obrigações assumidas por profissionais liberais, também se criou a problemática a respeito de esse profissional poder ou não ser empregado.

Contudo, tal entendimento já foi superado. Hoje em dia, diante do estágio de desenvolvimento social e econômico que se enfrenta, pela globalização, os profissionais liberais não ficam mais restritos aos seus escritórios ou consultórios, já que o mercado de trabalho não lhes garante uma renda estável. Desse modo, a saída encontrada foi vincular-se a grandes empresas, a organismos sólidos, o que lhes proporcionaria um salário estável, além de várias outras garantias previstas em lei ou regulamentos. Além do mais, frise-se a dificuldade encontrada pelos recém-habilitados em estabelecer um escritório, consultório ou qualquer outro lugar para

exercer sua profissão, o que os leva a procurar emprego com profissionais liberais já estabilizados, até mesmo para adquirir prática.

Abaixo, segue transcrito, *ipsis litteris*, parte de acórdão que assevera plenamente ser possível o profissional liberal ser empregado⁹⁴:

Mas não é o fato de se ter na prestação de serviços de advocacia atividade historicamente exercida de forma liberal que irá impedir a existência de subordinação jurídica e conseqüente vínculo de emprego. Como asseverado por Délio Maranhão, os chamados profissionais liberais são, hoje, verdadeiros empregados, quando prestam serviços, subordinados, juridicamente, a outra pessoa. Como dispõe o parágrafo único do art. 3º da Consolidação, "não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição do trabalhador, nem entre trabalho intelectual, técnico e manual". Negá-lo em nome de um conceito histórico da profissão liberal, ou invocando uma confiança que não é estranha, mas, ao contrário, própria do contrato de trabalho, é viver fora da realidade, é desconhecer o fenômeno da "proletarização" do profissional liberal, de que nos fala MARIO DE LA CUEVA, e que é uma contingência dos dias que correm.

E continua o ilustre jurista:

Claro está que não há de falar, no caso, em subordinação técnica. Mas, "desde que o médico, ou o advogado, se coloque à disposição de um empregador, que se pode utilizar de seus serviços, quando queira, embora não como queira, fixando-lhe um horário, impondo-lhe obrigações determinadas, não há por que, nem como negar a existência de um contrato de trabalho".

Portanto, o profissional liberal poderá ser empregado, devendo, para tanto, manter total autonomia técnica e recusando-se a cumprir ordens que não estejam em consonância com seus princípios éticos e profissionais.

Diferentemente de tempos passados, o rol das profissões liberais aumentou consideravelmente, já que a formação universitária já não consta como requisito necessário para caracterizar um profissional liberal. Contudo, não foi só esse o motivo que majorou o número de profissões liberais.

O crescente número de cursos técnicos e profissionalizantes colocados à disposição no mercado e com baixo investimento, somados à necessidade de profissionais específicos em determinadas áreas, também influenciou esse aumento.

⁹⁴ TRT/SC – 2ªT – RO n.º. 9849/98 – Rel. Des. Amarildo Carlos de Lima; maioria de votos; j. 14/04/1999.

Torna-se difícil, se não impossível, estabelecer um rol com as profissões liberais, pois as novas exigências e necessidades da população, impulsionadas pela revolução científica e tecnológica, fazem que surjam as correspondentes atividades profissionais.

Já que não é possível elencar todas as profissões liberais, citaremos algumas delas: administrador (de empresas, hospitalar, escolar, financeiro, rural), advogado, aeronauta, agente autônomo de investimentos, agrônomo, analista de sistemas, analista clínico, antropólogo, arquiteto, artista (ator, autor, teatrólogo, produtor fonográfico, radialista, manequim, modelo, técnico em diversões, músico, etc.), assistente social, artista plástico, auditor, bibliotecário, cabeleireiro, contabilista, corretor de fundos públicos, corretor de imóveis, corretor de seguro, engenheiro (civil, ambiental, da computação, de alimentos, de controle e automação, de produção, elétrico, telecomunicações, eletrônico, físico, florestal, mecânico, metalúrgico, naval, sanitário, têxtil), farmacêutico (bioquímico e industrial), filósofo, físico, fisioterapeuta, terapeuta educacional, fonoaudiólogo, fotógrafo, geólogo, jornalista, leiloeiro, massagista, médico, médico veterinário, nutricionista, odontologista, publicitário, propagandista, relações públicas, pedagogo, psicólogo, químico, radialista, sociólogo, tecnologia ambiental, telecomunicações, teólogo, tradutor e intérprete, técnico em informática, entre várias outras.

Nota-se então um vasto número de profissões ditas liberais atualmente, embora não seja um rol taxativo, cuja tendência é aumentar, apesar de algumas poderem desaparecer ante os avanços tecnológicos e científicos.

Vale lembrar que qualquer espécie de relação humana é regida tanto por normas legais quanto por normas morais, sendo que uma pode completar a outra. Além dessas, há também regras de cunho ético que devem ser observadas no exercício de qualquer atividade profissional.

A ética no exercício da profissão, como nos ensina Sérgio Buarque de Holanda⁹⁵, “indica uma soma de deveres, que estabelece a norma de conduta do profissional no desempenho de suas atividades e em suas relações com o cliente e todas as demais pessoas com quem possa ter trato”. Essas normas de condutas,

⁹⁵ HOLANDA. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 33.

que regulam o comportamento individual de cada profissional no desempenho de suas atividades, são agrupadas, via de regra, em um único instrumento, o denominado Código de Ética.

Além desses deveres éticos, há Códigos que também prescrevem infrações e a respectiva punição para o profissional que infringir normas lá contidas, sem prejuízo, contudo, de sanções penais, administrativas e civis.

Entre as várias infrações disciplinares que podem cometer os profissionais liberais no exercício de sua atividade, podem-se destacar as seguintes: não atender bem o cliente; não prestar as informações adequadas e pertinentes ao futuro serviço; não orientar ao cliente sobre os riscos que podem advir da realização daquele serviço, cobrar abusivamente pela prestação do serviço etc. Com isso, a organização corporativa de cada profissão (Ordem, Conselho, Sindicato, Associação), visa regular e controlar a atividade profissional, utilizando-se do seu direito de disciplina.

Igualmente, não se pode olvidar do sigilo profissional, presente em vários Códigos de Ética, no artigo 229 do novo Código Civil; artigo 207 do Código de Processo Penal e tipificado como crime nos artigos 154 e 269 do Código Penal e no artigo 66 da Lei das Contravenções Penais. O sigilo visa estabelecer uma confiança mútua entre o cliente e o profissional, assegurando um relacionamento tranqüilo e uma solução eficiente do problema.

Vislumbra-se então verdadeiro controle que as organizações corporativas exercem sobre seus membros, podendo puni-los com uma simples multa, suspensão ou até mesmo com a proibição do exercício de sua atividade profissional, quando de infrações mais graves. Note-se que mesmo punido por sua entidade, o profissional não ficará isento de ser responsabilizado por seus atos na esfera cível, criminal ou administrativa.

Alguns Códigos, Estatutos ou Leis esparsas que disciplinam o exercício de atividade profissional, possuem, em seu âmago, diretrizes para que se possa exercer determinada profissão. Uma delas é a inscrição obrigatória na sua entidade de classe, tal como os advogados na Ordem dos Advogados do Brasil, o médico, o

engenheiro, arquiteto, psicólogo, etc. nos seus respectivos Conselhos. Sem a inscrição, a qual pressupõe uma habilitação prévia, o profissional fica impedido de exercer seu múnus.

Surge então o chamado monopólio profissional no tocante ao fornecimento de serviços, já que, mesmo que uma pessoa detenha conhecimentos suficientes para realizar certa atividade, não poderá efetua-la, se não estiver inscrito na entidade de classe da respectiva profissão. Acrescente-se ainda que, caso a pessoa não habilitada forneça serviços em que haja monopólio, insurgirá no crime de exercício ilegal de profissão (artigo 282 do Código Penal e artigo 47 do Decreto-Lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941 – Lei das Contravenções Penais).

6.2.6. Sociedades empresárias

Na lição de Miguel Reale,

a sociedade se desdobra em sociedade econômica em geral e sociedade empresária. Têm ambas por fim a produção ou a circulação de bens ou serviços, sendo constituídas por pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir para o exercício de atividade econômica e a partilha entre si dos resultados⁹⁶.

E mais,

tanto a sociedade simples, como a sociedade empresária têm ambas por fim a produção ou circulação de bens ou serviços, sendo constituídas por pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir para o exercício de atividade econômica e a partilha entre si dos resultados, sendo que, quando a atividade econômica praticada pela sociedade for *organizada, estruturada*, estaremos diante de uma sociedade empresária.

A importância que adquiriu o conceito de empresa, a partir do Novo Código Civil, veio enfraquecer o elemento *objeto* na caracterização dos tipos societários, fazendo-o ceder lugar à *forma*. Em consequência da ligação à empresa, toda diferenciação entre sociedade civil e sociedade de comércio desaparece. O objeto da sociedade se, não obstante, não perde, como se viu todo o relevo, não serve, todavia, para determinar uma diferença de estrutura⁹⁷.

Mas essa é que tem importância na escolha do tipo (empresário ou simples). É a estrutura, pois, que dará, ou não, a forma empresária à sociedade.

⁹⁶ REALE. *In* Invencionices sobre o Código Civil, 2003. Disponível em: <http://www.estado.estadao.com.br/editoriais/15/02/03aberto001.html>

⁹⁷ COELHO. *Curso de direito comercial*. *Op. cit.*, p. 64.

Estruturar a produção ou circulação de bens ou de serviços significa reunir os recursos financeiros (capital), humanos (mão-de-obra), materiais (insumos) e tecnológicos que viabilizem oferecê-los ao mercado consumidor com preços e qualidade competitivos. A estrutura empresarial começa a se configurar a partir do momento em que os fatores de produção (um ou alguns) passam a representar um papel mais significativo do que a atuação pessoal ou familiar dos sócios.

O empresário individual ou coletivo (sociedade) é, fundamentalmente, um coordenador dos fatores de produção. Razão porque o comerciante de ontem não é, necessariamente, o empresário de hoje. Entretanto, se a atividade não tiver tal estruturação, estaremos diante de uma sociedade simples, sujeita a registro perante o Registro Civil das Pessoas Jurídicas. A palavra-chave, portanto, é organização. Além disso, é característica marcante, na sociedade simples, o exercício da atividade direta e pessoalmente, pelos sócios.

A sociedade simples não está restrita meramente ao campo das atividades ligadas à profissão intelectual, literária ou artística, conforme mencionado no parágrafo único do artigo 966 do CC. Ao contrário, estende-se a qualquer ramo de atividade, inclusive comercial, desde que não se enquadre no contexto empresarial. Em suma, a sociedade simples é a sociedade não empresária.

O que houve, efetivamente, foi uma mudança de conceito. “A sociedade civil do passado não é, necessariamente, a sociedade simples de hoje, assim como a sociedade comercial de ontem não é, necessariamente, a sociedade empresária da atualidade”. Essa mudança de conceito pode ser claramente observada na doutrina de Fábio Ulhoa Coelho⁹⁸.

Quando a empresa é explorada por uma sociedade, que é centro de imputação de direitos, obrigações e responsabilidades, facilitando a reunião de pessoas que contribuam com recursos para a consecução do objetivo comum, sem que seus bens individuais respondam pelas obrigações sociais, sua função social deve estar presente, também, em seu instrumento de constituição.

⁹⁸ COELHO. Curso de direito comercial. *Op. cit.*, p. 65.

O contrato de constituição de sociedade é contrato plurilateral, incompleto e de execução continuada, razão pela qual o princípio da maioria se coloca como instrumento apto para deliberar alterações que revelem o melhor interesse dos sócios. Sob esse prisma, a função social da empresa deve ser verificada em seu instrumento de constituição, tendo como base constitucional o art. 5º, inciso XXII⁹⁹, já que contrato é instrumento de circulação da propriedade.

O legislador do Código Civil de 2002 previu vários tipos societários específicos e determinados (sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade em comandita por ações, sociedade cooperativa, sociedade limitada, sociedade anônima) nos quais a responsabilidade dos sócios decorre da própria forma social adotada na formação da sociedade.

Quanto à sua formação, a sociedade empresária assume duas das cinco formas admitidas pelo direito comercial em vigor: a de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada (LTDA) ou a de uma sociedade anônima (S/A).

A sociedade limitada, normalmente relacionada à exploração de atividades econômicas de pequeno porte, é constituída por um contrato celebrado entre os sócios. O seu ato constitutivo é, assim, o contrato social, instrumento que assinam para ajustar os seus interesses recíprocos. Já a sociedade anônima, também chamada de “companhia”, se relaciona normalmente à exploração de grandes atividades econômicas, e o documento básico de disciplina das relações entre os sócios se denomina estatuto.

O capital social de uma sociedade empresária representa o montante de recursos que os sócios disponibilizam para a constituição da sociedade. De fato, para existir e dar início às suas atividades, a pessoa jurídica necessita de dinheiro ou bens, que são providenciados pelos que a constituem. Não se confunde o capital social com o patrimônio social. Este último é o conjunto de bens e direitos de titularidade da sociedade (ou seja, tudo que é de sua propriedade).

⁹⁹ Dispõe o art. 5º, XXII: “é garantido o direito de propriedade”.

Em contrapartida à contribuição que o sócio dá ao capital social, é-lhe atribuída uma participação societária. Se a sociedade é limitada, esta participação se chama “quota” (ou cota); se anônima, “ação”, motivo pelo qual o sócio da S/A é chamado também de acionista. A participação societária é bem integrante do patrimônio de cada sócio, que pode aliená-la ou onerá-la, se atendidas determinadas condições. A quota ou ação não pertencem à sociedade. Se o sócio possui uma dívida, o credor poderá, salvo em alguns casos específicos, executá-la sobre a participação societária que ele titulariza; já o credor da sociedade tem como garantia o patrimônio social, e nunca as partes representativas do capital social.

As decisões dos sócios são tomadas pela maioria, computando-se esta em função da participação societária de cada um. Um sócio de sociedade limitada que titularize mais da metade do capital social compõe, sozinho, a maioria societária. Ele poderá decidir sozinho pela sociedade, mesmo contra a vontade dos demais sócios, exceto nas hipóteses em que a lei estabelecer quórum qualificado para a deliberação. Na sociedade anônima, há ações que conferem aos acionistas o direito de voto no principal órgão deliberativo de sua estrutura, a assembléia geral, e há ações que não conferem este direito. O sócio titular da maioria das ações com direito a voto é o acionista controlador da companhia.

A sociedade limitada tem como representante legal o administrador, que é escolhido e substituído pela maioria societária qualificada. Nada impede, por outro lado, que a administração seja atribuída a mais de uma pessoa, que atuarão em conjunto ou isoladamente, segundo o previsto no contrato social. Já na sociedade anônima, a representação legal cabe ao diretor, eleito em assembléia geral ou pelo Conselho de Administração da companhia, se existir, não sendo necessário que este seja acionista.

Houve época no Brasil (décadas de 1970, 80 e 90) que a fragilidade do mercado de capitais brasileiro foi creditada, principalmente, à ausência de mecanismos que oferecessem proteção a investidores dispostos a adquirir participações no capital das companhias. O pequeno investidor de ações negociadas nas bolsas de valores e também os grandes investidores institucionais, com raras exceções, não se arriscavam nestes investimentos, chamados de “risco”,

porque não havia transparência ou profissionalismo suficiente na gestão das sociedades, e a voz do acionista minoritário não tinha valor na condução dos negócios sociais. Por sua vez, os acionistas controladores não viam incentivos suficientes para abrir o capital de suas companhias, uma vez que eram confortavelmente amparados pela Lei das Sociedades por Ações (Lei n. 6.404/76), que os protegia em detrimento de investidores minoritários, permitindo-lhes emitir ações preferenciais¹⁰⁰ sem direito a voto até o limite de 2/3 do total das ações emitidas, e ainda, por haver acesso a recursos governamentais subsidiados.

Durante o governo autoritário implantado no Brasil, a partir de 1964, em que algumas empresas estatais deficitárias foram privatizadas e diante da reforma da economia nacional (Lei n. 9.457/97), alguns artigos da lei das S/A foram revogados. Houve à época grande perda para os acionistas que não participavam do grupo de controle: os minoritários. O objetivo da revogação destes artigos era o de facilitar a venda de companhias sob o controle estatal com maior facilidade para o comprador nesta alienação.

Com a globalização em ritmo acelerado e com o programa de privatizações de estatais já concluído, o Brasil precisou reformular suas pretensões em matéria de legislação no incentivo de fusões e cisões das companhias, para que estas tivessem plena capacidade de competição no mercado global. Para tal, reformulou a lei das S/A através da Lei n. 10.303/2001, atribuindo as funções regulatórias dessas companhias à Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Evidente no mundo contemporâneo que a associação de pessoas ou grupos se faz mister. Em se tratando de empresas, cada vez mais estas precisam dissociar-se das instituições financeiras para a busca de capital. Para a captação destes recursos, a empresa moderna abre seu capital no mercado de ações. Mas para que esse mercado seja cada vez mais atrativo aos pequenos e médios investidores, há a necessidade de que as companhias operem com o aumento da transparência no relacionamento com o acionista e com a gestão empresarial. Para acompanhar o

¹⁰⁰ Segundo o professor Ecio Perin Junior, a ação preferencial confere a seu titular o direito de prioridade no recebimento de dividendos e em caso de dissolução da empresa, no reembolso do capital, mas normalmente não confere a seu titular o direito de voto em Assembleia Geral. *In A Lei n. 10.303/2001 e a Proteção ao Acionista Minoritário*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 124.

cenário mundial apresentado pelos chamados países de primeiro mundo, em matéria de Sociedades por Ações, a Bolsa de Valores do Estado de São Paulo (Bovespa) instituiu o “Novo Mercado” que pretende fortalecer o mercado de capitais e remediar o atual receio dos investidores de comprar papéis de companhias abertas. Esse temor do investidor deve-se à pouca transparência em relação aos atos praticados pelos controladores e administradores das companhias.

A captação de recursos no exterior por companhias brasileiras torna-se cada vez mais dificultosa e a tendência é de que o mercado de capitais substitua cada vez mais o sistema bancário como fonte de financiamento de longo prazo para as empresas.

Ainda é utópico pensar em sociedades empresárias de capital aberto no Brasil em grande volume, pois a transformação de uma sociedade limitada em sociedade anônima é muito onerosa por requerer auditoria, balanços freqüentes, publicação de resultados em veículos de comunicação de grande circulação, etc., custos facilmente assimiláveis por grandes companhias, mas que podem inviabilizar o projeto de um pequeno empreendedor. Os dados oficiais registrados na Bovespa¹⁰¹ dão conta de que 95% das empresas são constituídas de “sociedade limitada”.

Há grandes desafios a serem vencidos, como o incentivo estatal, para que pequenas empresas (em geral familiares) interessem-se por abrir seu capital ao mercado, e, por conseguinte que investidores estejam dispostos a colocar seus recursos em companhias desconhecidas, afinal, empresas menores constituem naturalmente negócio de maior risco.

¹⁰¹ **Abertura de capital**, disponível em: [brhttp://www.bovespa.com.br/pdf/guiaaber.pdf](http://www.bovespa.com.br/pdf/guiaaber.pdf)

CONCLUSÃO

A ideologia constitucionalmente adotada para disciplinar a Ordem Econômica de um Estado é um conjunto de princípios, fundamentos e regras dispostos na Constituição vigente em um dado momento de sua história.

A Constituição Federal de 1988 adotou o modelo neoliberal concomitante ao sistema econômico capitalista, que admite o regime da livre iniciativa, pelo qual a qualquer um é dado lançar-se na atividade empresarial por sua conta e risco e as leis que presidem a esta atividade são as de mercado.

As normas de cunho econômico presentes em nossa Carta têm uma amplitude maior do que inicialmente se pode imaginar. A ordem social, os direitos humanos e os direitos coletivos ou difusos são exemplos claros da dependência da norma de ordem econômica como definidora da política econômica vigente.

Assim, partindo da premissa de que são as normas constitucionais da ordem econômica as responsáveis pela limitação das atividades econômicas presentes no mercado, do setor privado, de forma que se ajustem aos valores, fundamentos, objetivos e princípios constitucionais, definindo-se e regulamentando-se as medidas de política econômica e considerando-se que, da mesma forma, é a própria Constituição Federal que garante os direitos sociais e individuais como valores supremos, tendo a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos, fica clara a necessidade de adequação e planejamento entre essas duas linhas constitucionais, posto o reflexo direto de uma na outra.

Partindo-se da idéia defendida na doutrina segundo a qual a empresa seria um complexo de direitos organizados por meio de contratos visando à otimização desta e, por conseguinte, aumentando o ganho social, pode-se afirmar que as empresas são instrumentos essenciais ao cumprimento da função socioeconômica.

O ganho social que redundará no exercício dessa função social da empresa dependerá da forma como será aplicado o direito nas relações sociais em que a

empresa se contextualiza. O ônus imputado ao exercício da atividade empresarial deve ser corretamente mensurado, de forma que evite elevados custos de transação que, muitas vezes, acarretam externalidades negativas, sendo incluídos no custo da produção e repassados à sociedade. Daí a preocupação com a atividade empresarial sob seus vários aspectos, a forma de sua organização, incluindo a organização associativa, seu exercício, atuação no mercado e a exploração da propriedade. A geração de riquezas advinda da empresa é o mais evidente instrumento de realização da justiça social, princípio-fim da Ordem Econômica disciplinada na Constituição.

Quando foi questionado no início deste trabalho se a realidade brasileira era de desenvolvimento econômico pleno ou simplesmente de modernização, após a promulgação da Constituição de 1988, pode-se, por intermédio desse estudo, chegar à conclusão de que muito ainda há que se fazer para que o país alcance o desenvolvimento esperado, e que sem dúvida o Estado modernizou-se, mas para alcançar a justiça social, princípio maior da Ordem Econômica, temos de caminhar a passos mais céleres e com regras norteadoras do sistema de mercado mais claras.

A economia brasileira se apresenta como a contradição entre o formidável potencial de recursos do país e o baixo nível de desenvolvimento alcançado. O Brasil, nas décadas de 1950 e 60, teve seu desenvolvimento econômico canalizado para a expansão do capitalismo industrial, mas não teve como competir com os países centrais, ficando à margem do desenvolvimento global. A concentração de renda é a principal vilã do desenvolvimento econômico, causando um enorme desequilíbrio social, regional e urbano.

A vontade política tem sido essencial para a promoção do desenvolvimento, mas os mercados, ainda confusos depois de tantas regras modificadas ao longo dos últimos anos, têm desempenhado um papel coadjuvante.

Um planejamento político-econômico com características modernas vem sendo implantado pelos últimos governos. Desde os anos 1990 a desestatização ganhou lugar de destaque e o Estado vem atuando empresarialmente somente nos setores essenciais e de infra-estrutura, dando lugar ao empreendedor privado para

que atue inclusive em setores tradicionalmente públicos. Grande avanço, afinal, do Estado, hodiernamente, é esperada atuação política, não empreendedora.

Apesar de todos os princípios, fundamentos e regras, disciplinados na nossa Carta e legislação ordinária, a iniciativa privada no setor do empreendedorismo ainda é vista pela sociedade em geral com desconfiança. Por sua vez, o empreendedor necessita de regras claras e não modificáveis a curto prazo para ter certeza que seu investimento terá o retorno econômico-financeiro esperado, sem surpresas. Só assim poderá cumprir seu papel principal, que é o de promover a valorização do trabalho humano e a justiça social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMENDOLARA, Leslie. **Direito dos acionistas minoritários**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

BOBBIO, Norberto e VIROLI, Maurizio. **Direitos e deveres na República: os grandes temas da política e cidadania**. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Do Estado liberal ao Estado social**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

_____. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito Constitucional: liberdade de fumar, estado, direitos humanos e outros temas**. São Paulo: Manole, 2007.

FURTADO, Celso. **Em busca de novo modelo – Reflexões sobre a crise econômica**. 1ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

_____. **Formação econômica do Brasil**. 34ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

_____. **Introdução ao desenvolvimento – Enfoque histórico-estrutural**. 3ª ed. (revista pelo autor). São Paulo: Paz e Terra, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. **O estado, a empresa e o contrato**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 6ª ed. São Paulo: Editora Rideel, 2004.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. Tradução de Waltensir Dutra. 21ª ed. Rio de Janeiro: LTC – Livros Técnicos e Científicos Editora S.A., 1986.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos – Conceito e legitimação para agir**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 5ª ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2007.

PERIN JUNIOR, Ecio. **A Lei n. 10.303/2001 e a proteção do acionista minoritário**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PRADO JUNIOR, Caio. **História Econômica do Brasil**. 47ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

REGO, José Maria e MARQUES, Rosa Maria. **Formação econômica do Brasil**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, César Augusto Silva da. **O direito econômico na perspectiva da globalização** - Análise das reformas constitucionais e da legislação ordinária pertinente. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

Constituição da República Federativa do Brasil, Coleção Saraiva de Legislação, 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SITES: www.bbc.com.br

www.bovespa.com.br

www.estadao.com.br

www.sebraesp.com.br

www.planalto.gov.br

www.stf.gov.br