

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

ANNA CHRISTINA GONÇALVES DE POLI

**PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA
EMPRESA, ESTADO E ECONOMIA**

CURITIBA

2007

ANNA CHRISTINA GONÇALVES DE POLI

**PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA
EMPRESA, ESTADO E ECONOMIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação, Pesquisa e Extensão em Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz

CURITIBA

2007

ANNA CHRISTINA GONÇALVES DE POLI

**PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA
EMPRESA, ESTADO E ECONOMIA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-graduação, Pesquisa e Extensão em Direito da PUCPR. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Doutor Alvacir Alfredo Nicz
Orientador

Programa de Pós-graduação em Direito - PUCPR

Prof. Doutor Luiz Alberto Blanchet
(Membro)

Programa de Pós-graduação em Direito - PUCPR

Prof. Doutor Egon Bockmann Moreira
(Convidado)

Universidade Federal do Paraná - UFPR

Prof. Doutor Francisco Carlos Duarte
(Suplente)

Programa de Pós-graduação em Direito - PUCPR

Curitiba, 12 de julho de 2007

AGRADECIMENTOS

Ao Cósmico por sua infinita bondade.

Ao meu orientador, Professor Dr. Alvacir Alfredo Nicz, que com sua competência indiscutível acreditou em um projeto diferente, pela paciência em ensinar, orientar e por estar sempre pronto a dirimir as dúvidas surgidas no avanço do estudo.

À Professora Dra. Cláudia Maria Barbosa, cujos ensinamentos me foram extremamente úteis.

Ao Alberto, companheiro paciente e crítico, cujos conhecimentos em Direito do Trabalho auxiliaram na compreensão do universo que se revelava.

As minhas filhas Hannah e Giulia pela paciência.

Aos meus pais.

A Eva e a Isabel com carinho especial.

Ao Nilson pelo português perfeito.

Aos amigos e colegas do Mestrado da PUCPR.

A CAPES pelo auxílio.

Adquira conhecimento. Ele possibilita a quem o possui distinguir o certo do errado; ilumina o caminho para o céu; é nosso amigo no deserto, nossa companhia na solidão, nosso companheiro no desamparo; guia-nos para a felicidade; sustenta-nos no sofrimento; é um ornamento entre amigos e uma armadura contra inimigos.

Maomé

RESUMO

O princípio da preservação da empresa ainda não teve seu valor reconhecido na doutrina nacional apesar de ter seus efeitos irradiados no âmbito público e privado. Por ser mais nitidamente visualizado no Direito Comercial, o princípio da preservação da empresa não foi estudado sob o prisma do Direito Constitucional, no qual sua importância se revela por inteiro. O princípio da preservação da empresa se presta a equilibrar distorções havidas pois permite um maior número de empresas atuando nos mercados, o que favorece a livre concorrência, assim como possibilita uma gama de escolhas ao consumidor. Isso, aliado ao fato de diversos postos de trabalho proporcionados pelas empresas atuantes. Entretanto, a simples existência de um princípio não significa a sua ampla aplicação. O estudo relacionado ao princípio da preservação da empresa se mostra necessário uma vez que ao entender-se como está estruturado, sua aplicação poderá ser ampliada e com isso os benefícios serão expandidos garantindo não só a economia, mas também o trabalho, a saúde e o bem-estar social. O princípio da preservação da empresa gravita em torno da dignidade da pessoa humana, porque todos os princípios se orientam por este norte e assim o desejou o legislador constitucional de 1988. A Constituição de 1988 promoveu uma mudança paradigmática que traz em si a sustentabilidade exigida e erigida em face da necessidade de sobrevivência futura. Também na economia a sustentabilidade se impõe, até porque não há como ver as relações entre os diversos setores sem a visão de sistema, isolados. Cabe ao Direito promover o meio hábil de execução desse novo paradigma. Assim, o trabalho se vincula à linha de pesquisa do *Estado, Atividade Econômica e Desenvolvimento Sustentável*, eis que analisa a questão do princípio da preservação da empresa, dentro de uma visão sistêmica, apontando sua influência na economia, na sociedade, no desenvolvimento e no direito.

Palavras-chave: Princípio da preservação da empresa. Atividade econômica. Intervenção do Estado no domínio econômico. Fundamentos e princípios da ordem econômica. Empresa. Mercado.

ABSTRACT

The value of the principle of the company preservation was not recognized in the national doctrine yet, in spite of having their effects irradiated in the public and private extent. For being more visualized in the Commercial Law, this principle was not studied by the Constitutional Law prism, in which its importance is revealed entirely. It is rendered to balance happened distortions because it allows a larger number of companies acting at the markets, favoring the free competition, as well as it makes possible a range of choices to the consumer. That, ally to the fact of several workstations proportionate for the active companies. However, the simple existence of a principle does not mean its wide application. The study related to the principle of the company preservation is necessary because when its structure was understood, its application will be enlarged; so, the benefits will be expanded guaranteeing not only the economy, but also the work, the health and the welfare. This principle gyrates around the human being's dignity, because all of the principles are guided by this north and because the constitutional legislator of 1988 wanted like this. The Constitution of 1988 promoted a paradigmatic change that brings in itself the sustainability that was demanded and erected in face of the need of future survival. Also in the economy the sustainability is imposed, especially because it is not possible to see the relationships among the several sections without the system vision, through an isolated way. To the Law, it fits to promote the skilled way of execution of this new paradigm. Therefore, this paper is linked to the State, Economic Activity and Maintainable Development research line, suddenly it analyzes the subject of the principle of the company preservation, inside of a systemic vision, pointing its influence in the economy, in the society, in the development and in the Law.

Keywords: Principle of the company preservation. Economic activity. Intervention of the State in the economical domain. Foundations and principles of the economical order. Company. Market.

RESUMEN

El principio de preservación de la empresa aún no tuvo su valor reconocido en la doctrina nacional a pesar de tener sus efectos irradiados en el ámbito público y privado. Por ser más claramente visualizado en el Derecho Mercantil, el principio de preservación de la empresa no fue estudiado bajo el prisma del Derecho Constitucional, en el cual su importancia se revela por entero. El principio de preservación de la empresa se presta a equilibrar distorsiones existentes pues permite un mayor número de empresas actuando en los mercados, lo que favorece la libre competencia, así como posibilita una gama de opciones al consumidor. Eso, aliado al hecho de los diversos puestos de trabajo proporcionados por las empresas actuantes. No obstante, la simple existencia de un principio no significa su amplia aplicación. El estudio relacionado al principio de preservación de la empresa se muestra necesario una vez que al entenderse como está estructurado, su aplicación podrá ser ampliada y con eso los beneficios se expandirán garantizando no solo la economía, sino también el trabajo, la salud y el bienestar social. El principio de preservación de la empresa gira en torno de la dignidad de la persona humana, porque todos los principios se orientan por este norte y así lo deseó el legislador constitucional de 1988. La Constitución de 1988 promovió un cambio paradigmático que trae en sí la sostenibilidad exigida y erigida en función de la necesidad de supervivencia futura. También en la economía la sostenibilidad se impone, incluso porque no hay como ver las relaciones entre los diversos sectores sin la visión de sistema, separados. Cabe al Derecho promover el medio hábil de ejecución de ese nuevo paradigma. Así, el trabajo se vincula a la línea de investigación del *Estado, Actividad Económica y Desarrollo Sostenible*, lo que analiza la cuestión del principio de preservación de la empresa, dentro de una visión sistémica, apuntando su influencia en la economía, en la sociedad, en el desarrollo y en el derecho.

Palabras-claves: Principio de preservación de la empresa. Actividad económica. Intervención del Estado en el dominio económico. Fundamentos y principios del orden económico. Empresa. Mercado.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Prinzip der Betriebserhaltung wurde in der brasilianischen Doktrin noch nicht anerkannt, trotz seinen Wirkungen auf dem öffentlichen und privaten Bereich. Dieses Prinzip wird eher im Handelsrecht behandelt, aber es wurde noch nicht unter dem Gesichtspunkt des Verfassungsrechts erfasst, wo es besondere Wichtigkeit gewinnt. Das Prinzip der Betriebserhaltung soll Verzerrungen ins Gleichgewicht bringen, denn es erlaubt eine größere Zahl von Unternehmen auf dem Markt, was die freie Konkurrenz begünstigt, so wie verschiedene Auswahl des Verbrauchers. Dazu hat man verschiedene von Unternehmen bereitgestellte Arbeitsstellen. Aber das einfache Vorhanden eines Prinzips bedeutet nicht dessen breite Anwendung. Die diesbezüglichen Studien sind nötig, denn wie angedeutet ist, seine Anwendung kann erweitert werden und damit auch seine Nutzen, was die Wirtschaft so wie die Arbeit, die Gesundheit und den sozialen Wohlstand gewährleistet. Das Prinzip der Betriebserhaltung dreht sich wie alle anderen Prinzipien um die Würde des Menschen, wie der Verfassungsgeber von 1988 es verankert hat. Die Verfassung von 1988 verursachte eine paradigmatische Wende, die die erforderte und errichtete Nachhaltigkeit angesichts der notwendigen zukünftigen Existenz mit sich bringt. Die Nachhaltigkeit behauptet sich auch in der Wirtschaft, da man die Beziehungen zwischen den verschiedenen Sektoren isoliert, ohne den Blickwinkel des Systems, nicht betrachten kann. Das Recht hat die Aufgabe, die Verwirklichung dieses neuen Systems zu fördern. So verbindet sich diese Arbeit mit der Forschungsrichtung von *Staat, wirtschaftliche Aktivität und nachhaltige Entwicklung*, die die Frage des Prinzips der Betriebserhaltung unter einem Systemsblickwinkel analysiert, wobei seinen Einfluß auf die Wirtschaft, Gesellschaft, Entwicklung und Recht hindeutet.

Stichwörter: Prinzip der Betriebserhaltung. Wirtschaftliche Aktivität. Staatseingriff auf den wirtschaftlichen Bereich. Fundamente und Prinzipien der wirtschaftlichen Ordnung. Unternehmen. Markt.

RÉSUMÉ

On n'a pas encore dûment reconnu dans la doctrine nationale la valeur du principe de la préservation de l'entreprise bien que ses effets soient irradiés dans les domaines public et privé. Etant jusqu'à présent plus nettement visible dans le domaine du droit commercial, le principe de la préservation de l'entreprise n'a pas été étudié sous la perspective du droit constitutionnel, domaine dans lequel son importance se dévoile entièrement. Le principe de la préservation de l'entreprise se prête à rééquilibrer des distorsions antérieures car il permet d'accroître le nombre d'entreprises sur les marchés, favorisant ainsi la libre concurrence et permettant aux consommateurs d'avoir une gamme de choix à leur disposition. Il faudrait y ajouter les divers postes créés par les entreprises. Cependant, la simple existence d'un principe n'est pas suffisante pour qu'il soit adopté dans toute son ampleur. L'étude concernant le principe de la préservation de l'entreprise se montre nécessaire vu que, en comprenant sa structure, son adoption peut être étendue et, par conséquent, les bénéfices élargis ; ce qui assure non seulement l'économie mais aussi le travail, la santé et le bien-être social. Le principe de la préservation de l'entreprise gravite dans l'orbite de la dignité de la personne humaine car tous les principes s'orientent par ce repère et c'est ainsi que l'a voulu le législateur constitutionnel de 1988. La Constitution de 1988 a mis en place un changement paradigmatique qui apporte la durabilité exigée et érigée face au besoin de survivance future. Dans l'économie, la durabilité s'impose, elle aussi, car il n'est même pas possible de distinguer les rapports entre les différents secteurs de façon isolée, sans une vision du système. Il faut que le droit soit capable d'établir le moyen habile d'exécution de ce nouveau paradigme. Alors, cette étude, qui s'attache aux recherches relatives à *l'Etat*, à *l'Activité économique* et au *Développement durable* veut analyser la question concernant le principe de la préservation de l'entreprise dans une perspective systémique, tout en signalant son influence sur l'économie, la société, le développement et le droit.

Mots-clé: Principe de la préservation de l'entreprise. Activité économique. Intervention de l'Etat dans le domaine économique. Fondements et principes de l'ordre économique. Entreprise. Marché.

RIASSUNTO

Il principio della preservazione dell'impresa non ha ancora avuto il suo valore riconosciuto dalla dottrina nazionale, nonostante i suoi effetti vengano irradiati sull'ambito pubblico e privato. Siccome sia più nitidamente visualizzato nel Diritto Commerciale, il principio della preservazione dell'impresa non è stato studiato sotto il prisma del Diritto Costituzionale, nel quale la sua importanza si rivela per intero. Il principio della preservazione dell'impresa vale per equilibrare delle distorsioni tenute, dato che permette ad un maggior numero di imprese di operare nel mercato, fatto che favorisce la libera concorrenza, ed anche rende possibile una gamma di alternative al consumatore. Questa situazione esiste fianco al fatto di cui diversi posti di lavoro sono offerti dalle imprese in attività. Tuttavia, la semplice esistenza di un principio non significa la sua ampia applicazione. Lo studio collegato al principio della preservazione dell'impresa si mostra necessario dato che la comprensione della sua struttura rende possibile l'ampliamento della sua applicazione e, per questo, i benefici verranno espansi e garantiranno non solo l'economia, ma anche il lavoro, la salute ed il benessere sociale.

Il principio della preservazione dell'impresa gravita intorno alla dignità della persona umana, perché tutti i principi si orientano in questa direzione come ha desiderato il legislatore costituzionale di 1988. La Costituzione di 1988 ha promosso un cambiamento paradigmatico che porta la sostenibilità richiesta ed eretta a causa della necessità di sopravvivenza futura. Anche sull'ambito dell'economia, la sostenibilità si impone, anche perché non c'è come analizzare i rapporti tra i diversi settori senza la visione di sistema, isolati. Spetta al Diritto promuovere il mezzo atto per eseguire questo nuovo paradigma. Quindi, il lavoro si vincola alla linea di ricerca dello *Stato, Attività Economica e Sviluppo Sostenibile*, dato che analizza la questione del principio della preservazione dell'impresa, dentro una visione sistemica, indicando sua influenza sull'economia, sulla società, sullo sviluppo e sul Diritto.

Parole chiave: Principio della preservazione dell'impresa. Attività economica. Intervento dello Stato nel dominio economico. Dei Fondamenti e principi dell'ordine economico. Impresa. Mercato.

LISTA DE ABREVIATURAS

CC2002 – Código Civil de 2002

CDC - Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990

CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

LRF - Lei nº 11.101/2005

PPE – Princípio da Preservação da Empresa

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJPR - Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

TJSC - Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

TRT9 - Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região

TRT12 - Tribunal Regional do Trabalho 12ª Região

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 ESTADO E ECONOMIA	15
2.1 O CAPITALISMO.....	15
2.2 O LIBERALISMO E O LIBERALISMO ECONÔMICO	19
2.3 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA	24
2.4 A EMPRESA, O MERCADO E ECONOMIA.....	32
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	42
3.1 CONCEITUANDO OS PRINCÍPIOS.....	43
3.2 CLASSIFICANDO OS PRINCÍPIOS.....	48
3.3 REGRAS E PRINCÍPIOS – TESES CLÁSSICAS OU TRADICIONAIS DE DISTINÇÃO	55
3.4 REGRAS E PRINCÍPIOS – OUTROS CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO	61
3.5 FUNÇÃO.....	64
4 FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA.....	68
4.1 FUNDAMENTOS DA ORDEM ECONÔMICA.....	71
4.1.1 A valorização do trabalho humano.....	71
4.1.2 A livre iniciativa (e a liberdade de iniciativa econômica)	74
4.2 PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA	78
4.2.1 A livre concorrência	78
4.2.2 A busca do pleno emprego.....	81
4.2.3 Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.....	82
4.2.4 A propriedade privada e a função social da propriedade	84
4.2.5 A defesa do consumidor	87
4.2.6 Defesa do meio ambiente	90
5 O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA	93
5.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	93
5.2 CLASSIFICAÇÃO A PARTIR DA TIPOLOGIA DAS NORMAS.....	106
5.3 CLASSIFICAÇÃO A PARTIR DA TIPOLOGIA DOS PRINCÍPIOS	115
5.4 ESTUDO DE CASOS.....	121
6 CONCLUSÃO	126
REFERÊNCIAS.....	133
ANEXOS	146

1 INTRODUÇÃO

O princípio da preservação da empresa tem sua importância irradiada nas esferas constitucional e empresarial. Contudo, nenhum estudo conhecido sobre sua raiz constitucional foi realizado, o que dificulta sua aplicação de forma eficaz. Por não ser conhecido em toda a sua plenitude, vez que normalmente é associado somente à lei de falências, deixa de contribuir com a formação legislativa e manutenção do equilíbrio econômico dos mercados.

Para tratar do assunto em questão serão trilhados caminhos que, aparentemente divergentes como a distinção entre regras e princípios e a conceituação de *mercados*, convergem ao final estruturando o princípio da preservação da empresa lançando questões importantes sobre o princípio estudado.

O primeiro capítulo tratará do capitalismo, do liberalismo econômico evoluindo para a intervenção do estado no domínio econômico e a conceituação jurídica de *mercado*, mostrando que Direito e Economia caminham juntos. A doutrina moderna mostra a preocupação em adequar-se ao *Law and Economics*: a análise econômica do Direito, e isso está revolucionando o modo de entender o sistema jurídico.

O segundo capítulo cuidará de definir princípios constitucionais diferindo-os das regras e localizando-os como normas constitucionais. Não é objetivo do texto criticar qualquer das teorias constitucionais sobre princípios, apenas aproveitar as idéias colhidas dos diversos autores para, a partir daí, localizar o princípio da preservação da empresa no ordenamento jurídico brasileiro.

Teorias como a de Robert Alexy e Ronald Dworkin não serão expostas para críticas, contraposição ou cotejamento. Muito embora possuam diferenças marcantes, tais diferenças são mais bem atendidas pelos estudiosos do Direito Constitucional que desse assunto especificamente se ocupam.

O terceiro capítulo se ocupará dos fundamentos e princípios constitucionais da ordem econômica. Cada um destes fundamentos e princípios forma uma parte da estrutura do princípio da preservação da empresa, alguns deles ainda são verdadeiros veículos de irradiação dos efeitos do princípio da preservação da empresa.

O quarto capítulo tratará do princípio da preservação da empresa, iniciando por legislações estrangeiras que premiam o princípio estudado como a francesa e a mexicana; seja, inicialmente, como norma e depois como princípio. Para tanto, apresentar-se-ão teorias de diversos doutrinadores acerca das matérias, com o intuito de demonstrar que o princípio da preservação da empresa pode e deve ser aplicado em sua plenitude. Ao final, a fim de proporcionar melhor compreensão do tema, serão analisados casos concretos.

2 ESTADO E ECONOMIA

2.1 O CAPITALISMO

Nascido da decomposição do feudalismo, o capitalismo permanece até hoje como o mais flexível e sobrevivente sistema político-econômico já utilizado. Enquanto outros sistemas tiveram sua glória e depois definharam até o completo desaparecimento, o capitalismo resiste. Por isso mesmo a relevância do tema.

Como objeto de estudo, o capitalismo divide-se, didaticamente, em três fases: i) Capitalismo comercial ou Pré-Capitalismo; ii) Capitalismo industrial; e, iii) Capitalismo monopolista-Financeiro¹.

A primeira fase tem seu começo com a expansão marítima e as grandes navegações no séc. XVI e se estende até o séc. XVIII. Iniciada na Europa, com o declínio do feudalismo e o rápido crescimento da população concentrada nas cidades, caracteriza-se pela busca incessante de lucro, fortalecimento da burguesia, uso de moeda como meio de troca e uso de mão-de-obra assalariada.

A partir da Revolução Industrial no séc. XVIII até o séc. XIX, a segunda fase do capitalismo, radicado na Inglaterra, mostra-se então caracterizada pelo aumento da produção e do lucro, substituição da mão-de-obra pelas máquinas, exploração da Ásia e África (neocolonialismo) trazendo as riquezas e os recursos naturais desses países para os grandes centros industriais, queda nos preços das mercadorias (pelo aumento da produção) e aumento do desemprego, poluição e destruição do meio ambiente.

Esse período foi marcado pela luta de classes e protestos contra as desigualdades oriundas do capitalismo. Sobre essa fase, escreve Hunt e Sherman:

Os trabalhadores arcaram com os custos sociais da industrialização. O novo sistema fabril reduziu-os à mais negra miséria, tornou desumanas as suas condições de trabalho e os expôs a toda espécie de doenças. O liberalismo clássico mostrava-se insensível à sorte dos trabalhadores e combatia todas

¹ Para melhor compreensão ler: BEAUD, 2004; WOOD, 2001; e, HUNT; SHERMAN, 2000.

as iniciativas destinadas a melhorar a condição de vida dos pobres, classificando-as de quixotescas e inconseqüentes.

Do séc. XX até os dias de hoje vive-se a fase denominada monopolista-financeira que se caracteriza pelo avanço e fortalecimento do sistema bancário, sendo este o setor que mais lucros arrecada a cada ano; seja pelo avanço da globalização, quebrando as barreiras territoriais e ocasionando a disseminação de pólos fabris pelo mundo; seja pelo avanço tecnológico, que permite o envio de informações e dinheiro de qualquer país a outro sem maiores burocracias.

Afora a divisão temporal didática, a “maneira mais comum de explicar a origem do capitalismo é pressupor que seu desenvolvimento foi o resultado natural de práticas humanas quase tão antigas quanto a própria espécie” (WOOD, 2001, p. 21), isso é o que se tem chamado de “‘modelo mercantil’ do desenvolvimento econômico” (WOOD, 2001, p. 21). Desta feita, é comum creditar a origem do capitalismo a práticas humanas reiteradas e consolidadas, por isso acreditar-se ser este o modelo econômico mais viável e menos falível. (WOOD, 2001, p. 11)

Entretanto, conclui Wood (2001, p. 125) que o “capitalismo não é uma conseqüência natural e inevitável da natureza humana, ou sequer da antiqüíssima tendência social a ‘comerciar, permutar, trocar’.” Pelo contrário, ele “é um produto tardio e localizado de condições históricas muito específicas.”

Com esse histórico evolutivo, em que se vê que o capitalismo se amolda às necessidades da sociedade e resiste ao tempo, ele permite ser observado em ângulos distintos tal qual fizeram Max Weber e Karl Marx.

Para Weber, o capitalismo era um sistema em que a moral e a ética impunham o conteúdo das regras econômicas (2007, p. 26). Isso em razão da educação moralista e cívica imposta pelo protestantismo. Weber apresentou ao mundo um capitalismo distante daquele tido como selvagem ou pagão apregoado por Marx.

Afirmava Weber que o afã do lucro, a ganância ilimitada de ganhar sempre mais dinheiro, a qualquer custo, não guarda relação direta com o capitalismo, este, contudo, “identifica-se com a busca do lucro, do lucro sempre renovado por meio da empresa permanente, capitalista e racional.” (2007, p.26)

A racionalização da atividade empresarial seria o grande diferencial do capitalismo ocidental. No entanto, alguns países, como Suécia, Finlândia,

Inglaterra e outros desenvolveram um tipo de capitalismo que privilegia o trabalho do homem, pois, segundo a doutrina protestante, o trabalho é o instrumento para se atingir a verdadeira virtude do homem (2007, p. 83).

Calvino, ao promover a reforma, contrapôs-se à doutrina medieval cristã que considerava o trabalho uma verdadeira maldição, pois o homem deveria dedicar-se a contemplar o divino e orar. Calvino justifica o comércio e o empréstimo a juros condenados pela doutrina cristã, afirmando que o sucesso comercial seria um sinal da eleição divina, fato que levou Weber a fazer uma análise diferenciada do capitalismo (2007, p.84).

Desse modo, então, não seria vergonha o desenvolvimento de uma atividade, qualquer que seja, desde que se obedecessem aos padrões morais e éticos (2007, p. 91), para a obtenção do sucesso comercial. Muito pelo contrário, o calvinismo propaga a ética do não desperdício de tempo com ociosidades já que valoriza positivamente o trabalho e por conseqüência seus frutos.

No entanto, o fruto do labor do homem, a riqueza criada por seu trabalho disciplinado não deveria ser consumida, desperdiçada ou acumulada vez que isso seria, nessa doutrina, pecado mortal. A riqueza assim deveria ser reinvestida para a criação de novos postos de trabalho.

Weber analisa diversas religiões e suas ligações com o capitalismo e conclui que a religião orienta a atividade econômica de um povo. Mais ainda, a ética bíblica, que é aquela praticada pelos protestantes, tem como efeito principal a criação de um capitalismo justo e próspero (2007, p. 32).

Marx adotou uma postura crítica frente ao capitalismo que é a mais divulgada. Ateu, Marx não trazia qualquer relação entre a religião (e sua ética) e o capitalismo. Ele atacou fortemente o capitalismo afirmando que este seria um modo de produção historicamente transitório e que as contradições contidas dentro de suas próprias entranhas o levariam à queda. Um doente terminal.

Fixou o autor três características fundamentais do capitalismo: propriedade privada; divisão social do trabalho; e troca, sem as quais não haveria mercadoria, apenas produto resultante do trabalho do artesão.

Nesse contexto, Marx (2003, 63 et. seq.) fala sobre o valor de uso, valor de troca e a mais-valia de um determinado produto, sendo o primeiro o valor intrínseco da coisa, medido pela utilidade que tal coisa tem para o consumidor; a segunda seria a relação quantitativa ou a proporção na qual valores de uso de um

tipo são trocados por valores de uso de um outro tipo; tal valor seria verificado por meio de quantidade de tempo-trabalho (médio) necessário para a confecção da coisa; a terceira refere-se à quantidade excedente de horas que o assalariado trabalha além daquelas necessárias à produção de seu sustento².

Dessa forma, o assalariado trabalhará para sobreviver apenas, enquanto o capitalista enriquecerá.

Transpondo a questão ideológica, hodiernamente, o capitalismo é visto como um sistema em que:

bens e serviços, inclusive as necessidades mais básicas da vida, são produzidos para fins de troca lucrativa; em que até a capacidade humana de trabalho é uma mercadoria à venda no mercado; e em que, como todos os agentes econômicos dependem do mercado, os requisitos da competição e da maximização do lucro são as regras fundamentais da vida. Por causa dessas regras, ele é um sistema singularmente voltado para o desenvolvimento das forças produtivas e o aumento da produtividade do trabalho através de recursos técnicos. Acima de tudo, é um sistema em que o grosso do trabalho da sociedade é feito por trabalhadores sem posses, obrigados a vender sua mão-de-obra por um salário, a fim de obter acesso aos meios de subsistência. No processo de atender às necessidades e desejos da sociedade, os trabalhadores também geram lucros para os que compram a sua força de trabalho. Na verdade, a produção de bens e serviços está subordinada à produção do capital e do lucro capitalista. (WOOD, 2001, p. 12)

Tudo o quanto dito até aqui não é novidade nem causa estranheza. O capitalismo está imbricado no cotidiano da sociedade em geral. As experiências outras (comunismo, por exemplo) provaram ser rígidas demais para sobreviver ao tempo e às necessidades de mudança exigidas pelo mundo de uma maneira geral. Alguns se perguntam se “ainda existe alguma forma de socialismo depois do capitalismo” (HEILBRONER, 1994, p. 106), outros defendem o pensar socialista e seus ideais.

Está-se em uma era em que não se tolera o isolamento, pois ele é o responsável pelo empobrecimento das nações. A globalização força barreiras,

² Marx relaciona o valor do trabalho com o tempo necessário para garantir o sustento do trabalhador. Assim, ele expõe que enquanto o homem cresce, ele utiliza uma determinada quantidade de mercadorias que podem ser medidas em tempo de trabalho. No sistema capitalista o assalariado ganha menos que o necessário para uma vida digna, conseguindo obter com seu salário somente o mínimo necessário para sobreviver. Entretanto, o assalariado trabalha mais horas do que efetivamente recebe, o que causa o empobrecimento e a dependência desse assalariado de seu patrão. Considerando-se que o valor de um produto é igual ao tempo socialmente dispensado para a sua produção e, sendo que o assalariado precisa, por exemplo de 4 horas de trabalho para receber o equivalente em dinheiro ao necessário para seu sustento. Todo o tempo excedente que o homem trabalha para seu empregador cria um valor. Essas horas-extras (tempo) que o empregado trabalha sem salário produzem a mais-valia que gera lucro ao capitalista.

ameaça a soberania dos Estados e impõe uma comunicação entre os diversos países e culturas.

Beaud (2004, p. 393) descreveu o futuro próximo do capitalismo afirmando que ele causaria um efeito devastador e concentracionista na indústria e na tecnologia, e que tal fato daria início a um “condomínio nipo-americano”, exteriorizado por meio de multinacionais, que dominaria o mercado mundial. Todavia, o que se vê são grandes corporações multinacionais comandando os mercados mundiais.

A lógica diz que, devido ao quase monopólio das fontes de energia, o oriente médio é o maior risco ao desenvolvimento dos países industrializados. Isso faz com que pesquisas busquem novas fontes de energia que sejam menos custosas financeiramente, mas também menos poluidoras. Com isso, o capitalismo se amolda, alia-se a outros sistemas emergentes e cresce.

O capitalismo resiste depois de sobreviver aos demais sistemas político-econômicos (comunismo, socialismo) e hoje o mundo se rende aos seus mandos. Verdade é que o capitalismo, tal qual Weber e Marx conceberam, hoje está temperado pela evolução da história econômica mundial, mas seu desaparecimento tal qual bradado por Marx está longe de ocorrer.

2.2 O LIBERALISMO E O LIBERALISMO ECONÔMICO

O liberalismo foi uma reação ao absolutismo que imperava no séc. XVI na Inglaterra e teve como principal precursor John Locke, através da obra intitulada Segundo Tratado sobre o Governo (2005). Este afirmava que não existem nem idéias inatas no ser humano, tampouco poder inato ou de origem divina. Acreditava que todos os homens (aqui entendidos como homens, adultos, proprietários) nasciam livres na medida em que nasciam racionais.

Assim sendo, os homens seriam iguais, independentes e governados pela razão. A razão para Locke, era o elo que unia os homens, os quais, em seu estado natural, tratariam de preservar a paz e a humanidade, assim como não interferir nas ações dos outros homens. Partindo dessas considerações,

extraem-se da ideologia liberal, pois, três princípios norteadores: i) a Liberdade (individual); ii) a Igualdade; e, iii) propriedade.

A liberdade individual estaria acima da liberdade coletiva, ou seja, o liberalismo é individualista e defende a preponderância do indivíduo sobre a sociedade e também sobre o Estado.

E, ainda, se todos os indivíduos nasciam iguais, tal igualdade deveria ser preservada pelo Estado. No liberalismo, todos estavam submetidos à lei, a qual era aplicada a todos, indiscriminadamente. A igualdade descrita na lei, não tinha como objetivo assegurar a proteção das diferenças, porque todos, por princípio, nasciam iguais.

A Lei era igualmente aplicada a todos, independentemente de fatores religiosos, de raça, de classe. Não fazendo distinção entre os indivíduos, a lei também não dava privilégios, isenções, tampouco vantagens a nenhum indivíduo ou grupo. A lei submetia até mesmo o soberano, que deveria se comportar dentro dos limites por ela estabelecidos para não avançar sobre o direito individual dos cidadãos.

A Liberdade Política consagrada pelo sufrágio dava a cada um o direito de votar naquele que fosse seu melhor representante. Note-se que a escolha do representante também era algo pessoal, que dizia respeito ao indivíduo e não à sociedade. A realização de eleições livres periódicas é o traço característico do liberalismo.

O terceiro princípio é o da Propriedade, que para o liberalismo era intangível, ilimitada. Ao Estado cabia, tão-somente, assegurar a intangibilidade da propriedade. Esta intangibilidade da propriedade privada dos meios de produção (exaltação da individualidade), garantiria direitos individuais e aumentaria a criação de riquezas.

Nesse contexto, Norberto Bobbio (2000, p. 11), ao explicar o liberalismo, escreveu que:

O pressuposto filosófico do Estado Liberal, entendido como Estado limitado em contraposição ao Estado absoluto, é a doutrina dos direitos do homem elaborada pela escola de direito natural (ou jusnaturalismo): doutrina segundo a qual o homem, todos os homens, indiscriminadamente, têm por natureza e, portanto, independentemente de sua própria vontade, e menos ainda da vontade de poucos ou de apenas um, certos direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à segurança, à felicidade – direitos esses que o Estado, ou mais concretamente aqueles que num determinado

momento histórico detêm o poder legítimo de exercer a força para obter obediência a seus comandos devem respeitar, e portanto não invadir, e ao mesmo tempo proteger contra toda possível invasão por parte de outros.

No liberalismo econômico, a lógica usada é a do capitalismo, ou seja, o acúmulo de capital, a obtenção de lucro, porém os princípios são aqueles defendidos pelo liberalismo político, quais sejam: i) liberdade, ii) igualdade e iii) propriedade. Stewart Júnior (1931, p. 72), observando tal fato, definiu o liberalismo econômico como “a liberdade de contrato representada pelo estabelecimento de preços, salários e juros sem restrições de qualquer natureza. É a aventura e o risco de alguém só ser bem sucedido se produzir algo melhor e mais barato”.

Nesse iter, liberdade está caracterizada pela liberdade de iniciativa e pela livre concorrência. Tais liberdades devem ser garantidas pelo Estado. Este só deverá agir quando houver abusos (também chamados defeitos do sistema³), com intuito de restabelecer a igualdade entre aqueles que se lançaram à atividade econômica.

Entenda-se que o liberalismo foi uma conquista de determinada classe: a produtora, que possuindo acesso a recém-descoberta fonte de energia, o carvão, pode aumentar sua produção e assim aumentar sua lucratividade. Para preservar esses interesses, o Estado precisava ater-se somente ao mínimo necessário à manutenção da ordem, não deveria ingerir na questão econômica.

³ São exemplos de defeitos do sistema econômico: i) **Cartel**: Associação entre empresas do mesmo ramo de produção com objetivo de dominar o mercado e disciplinar a concorrência. As partes entram em acordo sobre o preço, que é uniformizado geralmente em nível alto, e quotas de produção são fixadas para as empresas membro. No seu sentido pleno, os cartéis começaram na Alemanha no século XIX e tiveram seu apogeu no período entre as guerras mundiais. Os cartéis prejudicam a economia por impedir o acesso do consumidor à livre-concorrência e beneficiar empresas não-rentáveis. Tendem a durar pouco devido ao conflito de interesses.; ii) **Monopólio**: Situação em que um setor do mercado com múltiplos compradores é controlado por um único vendedor de mercadoria ou serviço, tendo capacidade de afetar o preço pelo domínio da oferta. Nesse cenário, os preços tendem a se fixar no nível mais alto para aumentar a margem de lucro. Alguns monopólios são instituídos com apoio legal para estimular um determinado setor da empresa nacional, ou para protegê-la da concorrência estrangeira, supostamente desleal por usar métodos de produção mais eficientes e que barateiam o preço ao consumidor. Outros monopólios são criados pelo Estado sob a justificativa de aumentar a oferta do produto e baratear seu custo. A empresa estatal Petrobrás era a única com permissão para prospecção, pesquisa e refino do petróleo até 1995, quando o Congresso autoriza a entrada de empresas privadas no setor.; e iii) **Oligopólios**: É a prática de mercado em que a oferta de um produto ou serviço, que tem vários compradores, é controlada por pequeno grupo de vendedores. Neste caso, as empresas tornam-se interdependentes e guiam suas políticas de produção de acordo com a política das demais empresas por saberem que, em setores de pouca concorrência, a alteração de preço ou qualidade de um afeta diretamente os demais. O oligopólio força uma batalha diplomática ou uma competição em estratégia. O objetivo é antecipar-se ao movimento do adversário para combatê-lo de forma mais eficaz. O preço tende a variar no nível mais alto. Podem ser citados como exemplos de setores oligopolizados no Brasil o automobilístico e o de fumo. (Disponível em: <http://www.economiabr.net/teoria_escolas>)

Desse modo, o liberalismo alcançou também a economia, e trouxe com ele algumas peculiaridades de cunho essencialmente individualista.

No liberalismo econômico, a condição da empresa (se lucrativa ou não) depende dela mesma, ou seja, de sua capacidade e esforço. Caso venha a entrar em crise por fator externo, considera-se como *risco do negócio* e por ela deve ser suportado. Isso em razão da salvaguarda da liberdade individual de cada um (podendo ser um grupo) de entrar no mercado em busca do seu bem-estar (lucro).

Ao Estado não cabe privilegiar quem quer que seja. Subsídios, reservas de mercado, protecionismo aduaneiro são proibidos no modelo liberal.

Nessa atmosfera individualista, aparece uma figura que se traduz em um ambiente estritamente privado e no qual não há ingerência do Estado: o *mercado*, já definido alhures; é também chamado de *mão invisível*⁴, é responsável pelo equilíbrio entre oferta e procura, produção e demanda, etc.

Apesar de toda a maravilha apresentada e prometida pelo modelo liberal, deve-se atentar que para o liberalismo funcionar bem deve haver, à disposição dos meios de produção, um exército de desempregados prontos a vender sua mão-de-obra por preços irrisórios.

A mão-de-obra, ou seja, o trabalho humano é a principal engrenagem da economia capitalista. Se houver muitos desempregados, a mão-de-obra será barata e por consequência o lucro será maior. Caso contrário, o preço do produto irá elevar-se e o comerciante deverá optar em aumentar o preço (se o mercado comportar) ou reduzir sua margem de lucro.

Mesmo diante da imperfeição, o liberalismo é considerado “a tábua de salvação” dos países em crise econômica séria. E por muitos governantes foi usado para reverter tais situações econômicas decaídas.

O liberalismo não proclama o fim do Estado, apenas seu enxugamento. Uma sociedade liberal não pode sobreviver sem o Estado, pois é ele que garantirá a ordem fiscal e monetária, a segurança econômica e a propriedade.

Nessa concepção de Estado, impera a luta do indivíduo ante a tirania do Estado e é o “modelo que vai procurar com a maior eficiência até hoje conhecida o atingimento da liberdade no sentido de não-constrangimento pessoal.” (BASTOS, 1986, p. 68)

⁴ O termo *mão invisível* foi citado por Adam Smith no livro *A Riqueza das Nações*, de 1776.

No modelo liberal, o Estado possui atuação limitada, dele espera-se muito pouco:

Basicamente que ele organize um exercito para defender a sociedade contra o inimigo externo. Que ele assegure a boa convivência internamente mediante a polícia e o Judiciário incumbidos de aplicar as leis civis e as leis penais. Tudo o mais, saúde, educação, previdência, seguro social, será atingido pela própria atividade civil. (BASTOS, 1986, p. 69)

No Estado Mínimo, portanto, a atuação do Estado é restringida no máximo, assim, sua máquina é pequena e com isso a arrecadação de impostos, necessária à manutenção do Estado, também é pequena. É o Estado ideal.

No modelo de Estado liberal, a propriedade é ilimitada, pois as limitações são ínfimas e exercidas com a concordância do proprietário, ainda, admitindo os princípios da Livre Iniciativa, da Livre Concorrência e não-intervenção do Estado no domínio econômico.

Fato é que o liberalismo econômico estava fadado ao fracasso, como explica Grau (1981, p. 16):

Além das crises – que ciclicamente afetavam o comportamento da economia – o conflito armado entre capital e trabalho e o comprometimento do próprio ideal de mercado livre tornaram-no caroável. A oposição entre a burguesia empresarial, de um lado, e a força de trabalho organizada, de outro – nutrida no exacerbamento das distâncias e desigualdades sociais, em detrimento da segunda – passava a exigir sensível correção no regime, para que não se colocasse sob riscos o maior sistema de produção capitalista. De outra parte, o florescimento do chamado capitalismo financeiro e a ação avassaladora dos monopólios comprometiam a subsistência do regime: retomando a oposição entre despotismo e anarquismo e entendido o liberalismo econômico como mera manifestação de caráter anárquico, teremos que o surgimento dos monopólios o compromete precisamente na medida em que expressa manifestações de natureza despótica nos mercados; aqui também a liberdade indiscriminada, de indústria e comércio, deu causa ao aparecimento de totalitarismo econômico.

Tendo por fundo um cenário de luta de classes, o liberalismo econômico funcionou bem até a Primeira Guerra Mundial.

Entretanto provou ser incapaz de manter os componentes do mercado em uma saudável convivência, a partir daí a intervenção estatal se fez presente e capaz de corrigir tal erro. Da intervenção estatal se ocupará a seção seguinte.

2.3 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

Com o declínio do Estado liberal, surge o Estado intervencionista arrogando à ordem econômica finalidade de assegurar a todos uma existência digna. Coube ao Estado, então, participar mais ativamente do processo econômico, para garantir a justiça social.

Leila Cuéllar (2004, p. 32) observa que a partir do declínio do liberalismo, “a *mão invisível* citada por Smith, a qual regularia o mercado, sem interferência estatal foi substituída pela *mão visível* do Estado, mediante sua participação direta no domínio econômico.” (grifos do autor)

O cenário beligerante da luta de classes ocorrida na busca da máxima lucratividade, retirou o Estado da quase inércia em que se encontrava, passando então a editar leis, no início de maneira acanhada, mais depois, de forma mais incisiva, que garantiam, principalmente, a dignidade do trabalhador e a concorrência. Mostra, assim, o Estado, que a intervenção estatal é necessária e saudável à convivência entre as forças operantes no mercado.

Alberto Venâncio Filho (1998, p. 11) comenta a teoria econômica elaborada por John Maynard Keynes vicejando a ligação entre economia e política. Afirma Venâncio Filho que:

Após a Primeira Guerra Mundial e o surto de prosperidade que ela trouxe, ocorre a *débâcle* da depressão de 1929, que se irradiou pelo mundo inteiro, levando a análise econômica a esforçar-se para encontrar os meios que pudessem diminuir, senão debelar o aparecimento de tais crises e depressões. Por isso, a formulação econômica que JOHN MAYNARD KEYNES elaborou para o combate às grandes depressões representa como já acentuado “a racionalização e os fundamentos da doutrina de que um Estado organizado – eventualmente um grupo de Estados – pode estabilizar, estimular e dirigir o rumo de sua economia sem apelar para a ditadura e sem substituir um sistema baseado na propriedade por um sistema de poder ostensivo.” (grifos do autor)

Dênio Nogueira, citado por Venâncio Filho (1998, p. 12), sustentou que a teoria de Keynes

consubstanciou em princípios teóricos a filosofia moderna da intervenção estatal na atividade econômica, com o fim de suplementar as forças econômicas que, como supunham os clássicos, tendiam automaticamente a restabelecer o equilíbrio, numa posição correspondente à ocupação plena. (...) A economia contemporânea encontrou em KEYNES e seus seguidores

os construtores do que hoje se convencionou chamar a economia do bem-estar social, em que são reconciliados os dois maiores fatores de estabilidade econômica: a iniciativa privada e a ação governamental (...).

Até mesmo encíclicas papais trataram da ligação Estado-Economia. A *Centesimus Annus* (VATICANO, 2007), em seu item 48, afirma que não pode haver economia sem ingerência estatal, pois ao Estado cabe garantir a segurança e justiça social:

A actividade económica, em particular a da economia de mercado, não se pode realizar num vazio institucional, jurídico e político. Pelo contrário, supõe segurança no referente às garantias da liberdade individual e da propriedade, além de uma moeda estável e serviços públicos eficientes. A principal tarefa do Estado é, portanto, a de garantir esta segurança, de modo que quem trabalha e produz possa gozar dos frutos do próprio trabalho e, conseqüentemente, se sinta estimulado a cumpri-lo com eficiência e honestidade. A falta de segurança, acompanhada pela corrupção dos poderes públicos e pela difusão de fontes impróprias de enriquecimento e de lucros fáceis fundados em actividades ilegais ou puramente especulativas, é um dos obstáculos principais ao desenvolvimento e à ordem económica.

A mesma encíclica (VATICANO, 2007) também se refere à contenção pelo Estado do abuso de poder econômico, intervindo quando necessário à manutenção da harmonia das forças operantes no mercado; entretanto, tal intervenção deve ser feita na justa medida requerida pela situação, para que o Estado não tome para si a atividade da livre iniciativa, tornando-se ele próprio um empecilho ao desenvolvimento:

O Estado tem também o direito de intervir quando situações particulares de monopólio criem atrasos ou obstáculos ao desenvolvimento. Mas, além destas tarefas de harmonização e condução do progresso, pode desempenhar funções de suplência em situações excepcionais, quando sectores sociais ou sistemas de empresas, demasiado débeis ou em vias de formação, se mostram inadequados à sua missão. Estas intervenções de suplência, justificadas por urgentes razões que se prendem com o bem comum, devem ser, quanto possível, limitadas no tempo, para não retirar permanentemente aos mencionados sectores e sistemas de empresas as competências que lhes são próprias e para não ampliar excessivamente o âmbito da intervenção estatal, tornando-se prejudicial tanto à liberdade económica como à civil.

No Brasil, o legislador constituinte de 1988 optou pela primazia da iniciativa privada. Todavia, firmou, também, formas de intervenção estatal no domínio econômico para conter abusos de diversas naturezas. Contudo Silva (SILVA, J., 2007, p. 717) faz ponto ao afirmar com base nas Constituições anteriores

que a atual não é tão explícita quando se refere aos modos de intervenção do Estado na economia quanto as que a antecederam. Conclui o autor que quando a Constituição fala em *exploração direta de atividade econômica pelo Estado* no art. 173 e Estado *agente normativo e regulador da atividade econômica*, no art. 174, significa que o Estado pode ser tanto agente econômico quanto *disciplinador* da economia.

Para Lucia Valle Figueiredo (2003, p. 259), a intervenção estatal “caracteriza-se pelo conjunto de atividades empreendidas pelo Estado com a finalidade de realizar os valores socioeconômicos consagrados no texto constitucional.”

Fazendo uma digressão pela expressão *intervenção do Estado no domínio econômico*, tem-se que seu significado principal é o de influir, ingerir o processo econômico, tanto na produção quanto na distribuição de riquezas. Maria Helena Diniz (1998, p. 893) atesta que essa interferência do Estado no domínio econômico visa à “correção de distorções que possam surgir no regime de liberalismo econômico” e à “realização dos fins do Estado, baseando-se na liberdade de iniciativa, na valorização do Estado, na função social da propriedade, etc.”

Em vista do exposto, correta é a afirmação de Figueiredo (2003, p. 260) ao sustentar que a interferência do Estado objetiva normatizar, disciplinar e/ou fiscalizar, ou ainda, protagonizar.

Porém, ressalva Moreira (2004, p. 78) o Estado não poderá fazê-lo de forma a “agredir injustificadamente ou anular a liberdade de empresa”. Afirma o autor que a intervenção deverá ser “proporcional e razoável ao mercado e aos interesses públicos e privados postos em jogo”. (MOREIRA, 2004, p. 81)

Ainda tratando da *intervenção sensata*, Moreira (2004, p. 81) sustenta que

Num sistema capitalista que celebra constitucionalmente a liberdade de iniciativa, a liberdade de empresa e a liberdade de concorrência (Constituição, art. 170), a intervenção do Estado na Economia há de ser necessária, ponderada, excepcional e pontual – com finalidade pública e específica.

Assim, o fato autorizador da intervenção deverá ser veementemente identificado para que se considere a dimensão da intervenção estatal, possibilitando

assim sua eficiência jurídica e econômica, resultado primeiro da intervenção. (MOREIRA, 2004, p. 82)

É claro do exame do mencionado artigo que o Estado não poderá, entretanto, atuar em toda e qualquer atividade econômica, vez que há na Constituição, como se viu, um agir pautado na segurança nacional e relevante interesse coletivo.

Silva (2007, p. 721) atesta que a classificação mais comum das *modalidades de atuação* do Estado na economia utilizada pela doutrina, emprega o vocábulo intervenção de forma ampla, genérica. Entretanto, para ele, a forma que entende ser a mais correta é a que distingue duas modalidades de atuação estatal: i) a participação; e, ii) a intervenção. Explica, por fim, o autor:

A primeira com base nos arts. 173 e 177 caracterizando o Estado administrador de atividades econômicas; a segunda [tomada em sentido restrito] fundada no art. 174 em que o Estado aparece como agente normativo e regulador da atividade econômica, que compreende as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, caracterizando o Estado regulador, o Estado promotor e o Estado planejador da atividade econômica.

Classificação que também merece destaque é a feita por Luís S. de Cabral Moncada (2003, p. 38), o qual faz uma tipologia da intervenção dividindo-a em quatro situações:

i) Intervenções globais, setoriais e pontuais ou avulsas, em que as globais ocorrem quando o “Estado adota normas gerais de fixação de margem de comercialização ou de encorajamento do investimento global, a intervenção relaciona-se com a economia no seu conjunto.” As intervenções setoriais ocorrem quando são adotadas, pelo Estado, medidas de organização, disciplina e desenvolvimento de determinado setor da produção. As pontuais ou avulsas por sua vez são as medidas tomadas para o favorecimento de alguma empresa específica em situação de crise econômica. Diz o autor que tais intervenções devem obedecer a critérios estratégicos objetivos;

ii) Intervenções imediatas e mediatas. As primeiras são aquelas em que o Estado intervém diretamente na economia com

objetivos econômicos expressos, por exemplo, adotando medidas de polícia ou de apoio e fomento ou ainda quando atua diretamente por meio de empresas públicas. Já as mediatas são aquelas em que o Estado adota medidas que repercutem na economia; seria nas palavras do autor uma intervenção *sobre* a economia, por exemplo “medidas de política fiscal, bonificação de juros ou abertura de linhas de crédito a favor da construção civil” (MONCADA, 2003, p.39);

iii) Intervenções unilaterais e bilaterais. As primeiras são as intervenções do Estado proibindo ou autorizando determinadas atividades em setores econômicos específicos; estas dar-se-ão por meio de regulamentos e atos administrativos. Já as intervenções bilaterais ocorrem por contratos firmados entre o poder público e as empresas, em que aquele oferece vantagens fiscais ou de crédito “em troca da execução destas de uma política de investimento conforme orientação geral, planejada ou não, da política econômica escolhida pelos Poderes Públicos”;

iv) Intervenções diretas e indiretas. Nas primeiras, o Estado assume o papel de agente econômico, desenvolvendo a atividade econômica inclusive com a finalidade de lucro, podendo atuar na aquisição direta de produtos nacionais ou importados. Já a indireta “existe quando as empresas privadas, mistas ou mesmo públicas, virem a sua actividade ser objeto de medidas de carácter fiscalizador (função de polícia) ou de estímulo (função de fomento).” (MONCADA, 2003, p.42).

Com outra classificação, Gaspar Ariño Ortiz (1993, p. 50) afirma existirem quatro tipos de atuação estatal:

i) regulação – polícia administrativa e regulação econômica, em que cabe ao Estado impor determinadas exigências à atuação dos agentes econômicos no mercado. Aqui, o estado permanece inativo como agente econômico, ou, nas palavras

do autor, *fica de fora* da atividade econômica. “É aquela atividade normativa em que o Governo condiciona, corrige, altera os parâmetros naturais e espontâneos do mercado, impondo determinadas exigências ou requisitos à atuação dos agentes econômicos”;

ii) atuação fiscal e financeira, em que o Estado também se encontra fora da atividade econômica, porém, “influi sobre ela, por meio de estímulos econômicos, para estimular ou desestimular determinados mercados”;

iii) iniciativa pública – empresa pública concorrencial – nesta modalidade, a atuação do Estado se dá pela criação de empresas concorrenciais, que participarão do mercado nas mesmas condições que a iniciativa privada. Sustenta o autor que nesta modalidade a intervenção deverá se dar quando ocorra interesse e necessidade pública, afinal a “atuação pública econômica somente se justifica na medida em que serve aos interesses da coletividade”;

iv) reservas de mercado para o setor público – com ou sem monopólio; este tipo considera a existência da nacionalização e reserva ao Estado de atividade das quais se exclui a iniciativa privada. Nessa modalidade, há pressuposição de monopólio de direito que poderá ou não vir acompanhada do monopólio de fato, ou seja, pelo desenvolvimento da atividade pelo poder público. Assim, a iniciativa privada somente poderá participar por meio da figura da concessão.

No Brasil, conforme previsão constitucional, convencionou-se adotar dois tipos de intervenção estatal: A intervenção direta e a indireta.

Diretamente, intervém o Estado quando exerce, de fato, a atividade econômica, consoante autorização constante no *caput* do art. 173⁵ da Constituição de 1988. Tal intervenção, de acordo com Nicz (1981, p. 125), poderá se dar por meio

⁵ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado **só será permitida quando necessária** aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (BRASIL, 2007, p. 162) (grifos nossos)

de “setor monopolizado ou não monopolizado”, conforme se depreende da análise dos artigos 173 e 177⁶ da Constituição Federal de 1988 (CRFB).

João Bosco Leopoldino da Fonseca (2004, p. 281) argumenta que na atuação direta o “Estado passa a atuar como *empresário*, comprometendo-se com a atividade *produtiva*, quer sob a forma de *empresa pública*, quer sob a de *sociedade de economia mista*.” O autor, ainda, corroborando o pensamento de Nicz, aponta exemplos de intervenção direta sob o regime concorrencial e sob o regime monopolístico:

Como exemplos do primeiro caso (regime concorrencial) podem ser apontados o da Caixa Econômica Federal e do Banco do Brasil, a primeira, como empresa pública federal, e o segundo, como sociedade de economia mista, atuam em regime de concorrência com as demais entidades bancárias do País. Como exemplos do segundo caso (regime monopolístico), devem-se considerar a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás –, a primeira como empresa pública federal, e a segunda como sociedade de economia mista. O monopólio da primeira está consagrado no art. 21, X e o da segunda no art. 177, I, II e III, da Constituição Federal.

Outra forma de intervenção direta é a descrita por Fonseca (2004, p. 281), em que o “Estado assume a gestão da empresa privada, passando a dirigi-la quando interesses sociais o exigirem.” Exemplo desse caso é a intervenção realizada pelo Banco Central do Brasil nas instituições financeiras em grave crise econômica, conforme Lei nº 6.024 de 13/03/1974.

Partindo-se do pressuposto de que ao Estado cabe não apenas atuar, mas, também, intervir por meio da fiscalização, consoante exposto no *caput* do art. 174⁷ da Constituição de 1988, observar-se-ão a partir de agora as modalidades de intervenção indireta do Estado na economia.

Figueiredo (2003, p. 260) atesta que “é relativamente à fiscalização que temos o maior espectro de atuação estatal”. A autora explica sua afirmação sustentando que

⁶ Art. 177. Constituem **monopólio da União**: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; (Ibid., p. 165) (grifos nossos)

⁷ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de **fiscalização**, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (Ibid., p. 163) (grifos nossos)

compete ao Estado a tutela dos interesses primários da coletividade. Portanto, compete ao Estado não apenas regular, mas, sobretudo, exercer a fiscalização em tudo que possa interferir negativamente para o interesse coletivo.

Segundo Figueiredo (2003, p. 260), a fiscalização poderá se apresentar como controle de preços, em situações críticas que efetivamente exijam tão drástica medida, pois é compressora do exercício da iniciativa privada. Poderá também se apresentar pela repressão do abuso de poder econômico, protegendo com isso os direitos constitucionais garantidos ao consumidor. A autora cita ainda como forma de intervenção indireta, as contribuições interventivas e as agências reguladoras. As primeiras, autorizadas pela Constituição de 1988, em seu artigo 149, *caput*, constituem contribuições específicas somente poderão ser instituídas “*sobre quem esteja a atuar em determinada área econômica, pois tais contribuições somente podem ser setoriais.*” (FIGUEIREDO, 2003, p. 264) “A contribuição pode ser destinada ao custeio dos gastos desenvolvidos pelo Estado para interferir no domínio econômico, bem como pode constituir no próprio instrumento de intervenção.” (PIMENTA, 2001, p. 169) Isso equivale dizer que a contribuição poderá ser instituída para cobrir os gastos do Estado na prestação de serviço público; aqui entendido como espécie do gênero atividade econômica, ou ainda, poderá ter como finalidade o incentivo de determinado setor econômico, onerando-se, para tanto, setor econômico concorrente. (PIMENTA, 2001, p. 169)

Quanto às agências reguladoras, necessário se faz esclarecer que são órgãos criados pelo Governo, com a finalidade de regular e fiscalizar os serviços desenvolvidos por empresas privadas que prestam serviços de caráter público. Assim o são, por exemplo, os serviços de telefonia, de fornecimento de energia elétrica, as de fornecimento de água e saneamento.

Por prestarem serviços que deveriam ser prestados pelo Estado, ou seja, serviços de relevância e interesses coletivos, as empresas privadas necessitam ser fiscalizadas para que cumpram a sua função da melhor maneira possível, principalmente sem causar prejuízo ao consumidor.

Vê-se, pois, que as formas de intervenção do Estado no domínio econômico podem se dar de diversas maneiras. Ao presente estudo a matéria se faz importante por tratar da manutenção do equilíbrio do mercado. Ao parecer desproporcional ao exame proposto, lembre-se de que as empresas registradas no

Brasil, que atuam no mercado brasileiro, estando sujeitas à lei falimentar estão sob a égide do princípio da preservação da empresa, as demais não. Explica-se: as empresas públicas e sociedades de economia mista exercem atividade econômica controladas direta ou indiretamente por pessoas jurídicas de direito público e o Estado (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) é seu garantidor, assim, a aplicação do princípio da preservação da empresa é descabida.

2.4 A EMPRESA, O MERCADO E ECONOMIA

Para discorrer sobre a empresa, é preciso retroceder no tempo e pensar na troca, na globalização e no mercado. É preciso pensar também nas relações humanas e na tecnologia, afinal empresa é muito mais que uma atividade isoladamente considerada, é um núcleo holístico do qual dependem pessoas das quais dependem outras tantas.

A globalização, fenômeno que há pouco se fez notícia, não é uma novidade surgida neste século ou no anterior, e sim da integração dos mercados regionais e data de cerca de cinco séculos passados (SANTOS, 2002). Marx e Engels, ao redigirem o Manifesto Comunista, já alardeavam a crise comercial gerada pela “civilização em demasia, meios de subsistência em demasia, indústrias em demasia, comércio em demasia.” (1998, p. 18).

Recentemente transformada em tema que gera sentimentos passionais na economia, a globalização, é ao mesmo tempo o salvador e o algoz das empresas. Salvador, pois permite ampliação dos negócios a um nível mundial e algoz por ditar um padrão que muitas vezes não corresponde à realidade territorial onde a empresa se localiza.

É certo que com a abertura comercial dos países ao mundo, e hoje a *Internet* difunde culturas antes apagadas pela sua relação distanciada do resto do planeta, houve, no plano econômico, uma nova jornada imposta aos empresários: conhecer tudo, saber tudo e ainda fazer-se conhecido; isso não é uma tarefa tão fácil.

Muitos empresários conhecedores de sua área de atuação sucumbiram frente à facilidade encontrada pelos pequenos empresários no acesso ao mundo virtual que nos últimos anos vem ditando as normas empresariais. Normas essas que diversas vezes provaram servir apenas ao mundo virtual ou, por vezes, nem mesmo a ele.

A adaptação dos empresários deu-se de forma impositiva. Transformou a face da empresa tradicional que, além de seu estabelecimento comercial real, conta ainda com um estabelecimento virtual para garantir seu poder competitivo face a esse novo mercado que quer mais agilidade nas negociações comerciais e que se mostra ávido por permanecer isolado do convívio humano.

A situação caótica de convivência do ser humano com seus pares favoreceu o desenvolvimento das relações virtuais as quais atingiram o meio empresarial que deve sempre se adaptar à realidade comercial vigente a fim de manter-se no mercado.

A crise na empresa, ou seja, na atividade desenvolvida pelo empresário, tem profundas repercussões sociais e econômicas. Em uma primeira análise aponta-se: o desemprego causado pela necessidade de reestruturação como forma de sobrevivência da empresa e a subtração de bens ou serviços necessários à economia nacional ou para exportação e, ainda, o desaparecimento de uma indústria com tecnologia de ponta que venha a produzir produto de consumo mundial. (SANTINI, 1982, p. 42)

A dura realidade da empresa em crise traz a seguinte dúvida: liquidar ou sanear tal empresa? Pela doutrina mundial moderna, a liquidação é o recurso último, quando já não há sequer um único fio de esperança para a recuperação da empresa. Isso devido ao Princípio da Preservação da Empresa (PPE) que está enformando as políticas empresariais.

A globalização, como integração econômica, é a principal causadora da crise que se alastra na empresa, visto que essa integração se faz nos moldes do neoliberalismo exacerbado pelo ideário capitalista. No Brasil, a crise não foi diferente.

Milton Santos fornece a visão mais verdadeira, a mais descompromissada com interesses e comprometida com a realidade deste país, apresentando a globalização em três dimensões: como fábula; como perversidade e uma outra globalização mais humana. (2001, p.18 et. seq.)

Para o autor, a globalização como fábula, entende-se aquela que faz crer existir pela transmissão repetida de um sem número de fantasias, a exemplo da chamada “aldeia global”. Já a globalização como perversidade é aquela sentida pela maior parcela da população, a fome, o desemprego, a mortalidade infantil, desencadeadas pelo aumento excessivo na competitividade. A outra globalização seria aquela mais humana, conhecedora profunda das necessidades da humanidade, coerentes com a filosofia, cultura, raças de cada povo. Santos conclui que a globalização, atualmente, está a ser observada e sentida como perversidade.

Unir pela evolução, a tecnologia, as práticas diárias, o excesso de informação com as necessidades primárias do ser humano de sobreviver, de existir dignamente, revela-se um trabalho denso e interdisciplinar. Esse papel unificador ficou a cargo das empresas, geradoras de trabalho e prestadoras de serviços essenciais ao desenvolvimento humano.

Para entender melhor a necessidade de preservação da empresa, necessário se faz conhecê-la. Trazida à luz em decorrência do Código Civil Italiano de 1942, que unificou a matéria civil e comercial em uma única codificação e passou a refutar a teoria dos atos de comércio⁸ adotando a teoria da empresa que tem como núcleo, não mais o ato praticado que designava o comerciante, mas agora a atividade econômica organizada e dirigida ao mercado.⁹

Interessante a apresentação da evolução histórica da empresa feita por Waldirio Bulgarelli, merecendo destaque. Explicou ele que na França, a palavra empresa apareceu pela primeira vez no Código Comercial Francês de 1807, porém possuía significado diverso daquele hoje utilizado.

Amparado em Claude Champaud e Jean Paillusseau, Bulgarelli (2000, p. 296) sustenta a evolução da empresa perante o direito francês em quatro

⁸ A teoria dos atos de comércio teve origem na França com a edição do Código de Comércio francês de 1807. Essa codificação, nascida nos moldes na Revolução Francesa, “*procedeu a uma ampla reforma na legislação comercial para eliminar sua feição de direito classista, assim instaurando o período dito objetivo do direito comercial, pela aspiração de imprimir à nossa disciplina uma conotação não mais concentrada na figura do comerciante, mas nos atos inerentes ao comércio.*” (GONÇALVES NETO, 2000, p. 45) (grifos do autor) Nesse sistema o comerciante era classificado de acordo com a sua atividade e para tanto o código napoleônico enumerou uma série de atividades que se praticadas qualificavam a pessoa como comerciante. Tal codificação influenciou o Código Comercial brasileiro de 1850.

⁹ É comum a confusão advinda da prática do dia-a-dia onde se convencionou chamar o sócio da empresa de empresário, o imóvel onde se localiza o estabelecimento empresarial de empresa. Para que aqui não reste qualquer dúvida, fixar-se-á a partir deste momento que empresa é a atividade econômica organizada para a produção de bens e de serviços, e empresário é a pessoa física ou jurídica que desenvolve a empresa.

fases distintas: a primeira é a fase da *ignorância*, em que o vocábulo foi empregado como sinônimo de *contrato de empresa* (contrato de fornecimento de serviços); a segunda fase, denominada pelo autor de fase da *descoberta*, foi fruto do período nominado “reforma da empresa”, em que os legisladores passaram a considerar o papel socioeconômico exercido pela empresa. Esta fase teve início em 1944 e culminou com a edição da Ordenação de 22 de fevereiro de 1945 que instituiu comitês de empregados junto às empresas; A fase da *conversão* tem início por força do direito do trabalho e do direito tributário que tornando-se independentes firmaram o direito comercial como o direito (específico) das empresas, pois ele fornece todo o sistema de normas atinentes à matéria. A última fase, a da *mutação*, que para o autor ainda perdura, viceja a “consolidação do direito econômico, tendo a empresa como seu objeto fundamental.”

Narra Bulgarelli (2000, p. 297) que

no Brasil, a trajetória da empresa perante o direito assemelhou-se somente em parte à evolução perante o direito francês, sobretudo a da primeira fase, pois, posteriormente se aproximou da doutrina italiana, nela encontrando as linhas básicas para a sua afirmação jurídica.

A materialização dos fatos narrados por Bulgarelli sobre a aproximação do direito brasileiro ao direito italiano se fez na exposição de motivos do Anteprojeto do Código Civil apresentada em 16 de janeiro de 1976, quando os autores assim se pronunciaram:

Em linhas gerais, pode-se dizer que a empresa é, consoante aceção dominante na doutrina, “a unidade econômica de produção”, ou “a atividade econômica unitariamente estruturada para a produção de bens ou de serviços”. A empresa, desse modo conceituada, abrange, para consecução de seus fins, ou um ou mais “estabelecimentos”, os quais são complexos de bens ou “bens coletivos” que se caracterizam por sua unidade de destinação, podendo, de per si, ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos. (NERY JUNIOR; NERY, 2003, p. 129)

Seguindo a evolução histórica, o Código Civil de 2002, foi inspirado no Código Civil italiano de 1942. Os autores do anteprojeto do Código Civil, no que concerne à “atividade negocial”, assim se pronunciaram:

24. Como já foi ponderado, do corpo do Direito das Obrigações se desdobra, sem solução de continuidade, a disciplina da Atividade Negocial. Naquele se regram os negócios jurídicos; nesta se ordena a atividade enquanto se estrutura para exercício habitual de negócios. Uma das formas

dessa organização é representada pela empresa, quando tem por escopo a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Apesar, porém, da relevância reconhecida à atividade empresarial, esta não abrange outras formas habituais de *atividade negocial*, cujas peculiaridades o Anteprojeto teve o cuidado de preservar, como se dá nos casos: 1. do *pequeno empresário* (...); 2. dos que exercem *profissão intelectual* de natureza científica, literária, ou artística, ainda que se organizem para tal fim; 3. do *empresário rural* (...); 4. da *sociedade simples* (...) (In: NERY JUNIOR; NERY, 2003, p. 128)

Influenciada pela doutrina italiana, a empresa, no Brasil passou a ser considerada um “fenômeno econômico da produção organizada”, e como tal é “mais antiga que o próprio Direito Comercial, apesar de seu conceito só ter se desenvolvido muito mais recentemente” e foi elaborada no “campo econômico com muito mais antecedência do que no campo jurídico.” (SILVA, A., 2001, p. 135).

Américo Luís Martins da Silva explica com clareza a importância dada pela economia ao conceito de empresa:

Os chamados economistas clássicos do séc. XIX, com apurado senso de observação, exaltaram as organizações econômicas destinadas à produção, inclusive JEAN-BAPTISTE SAY demonstrou que a figura central do empresário, ao escrever que ele é fundamentalmente o eixo a um tempo da produção e da repartição, aquele que adapta os recursos sociais às necessidades sociais, e que remunera os colaboradores da obra cujo chefe é.

Nesse passo, Fran Martins distingue o sistema normativo que atende à empresa comercial e à empresa não-comercial. Afirma ele que “o Direito das Empresas, quando se refere às empresas comerciais, é o mesmo Direito Comercial”; em contrapartida, se “uma regra jurídica se referir a uma empresa não-comercial, teremos uma regra jurídica a regular fatos simplesmente econômicos, mas não-comerciais”. (MARTINS, 2005, p. 15)

Segundo Martins, interessaria ao Direito Comercial apenas as relações tramadas por empresas comerciais, entretanto, no mercado vê-se a concorrência de empresas comerciais e não-comerciais (como as cooperativas). Fixa-se assim uma estreita relação entre Direito e Economia que não pode ser desconsiderada ou sequer menosprezada.

J. X. Carvalho de Mendonça adotou o conceito econômico de empresa, ressaltando que o conceito econômico é o mesmo jurídico, opondo-se aos escritores que os distinguia. Escreveu Mendonça (2000, p. 561):

Empresa é a organização técnico-econômica que se propõe a produzir, mediante a combinação de diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob a sua responsabilidade.

Rubens Requião, com esteio no pensamento de Giuseppe Ferri, assim conceituou empresa:

um organismo econômico, isto é, assenta sobre uma organização fundada em princípios técnicos e leis econômicas. Objetivamente considerada, apresenta-se como uma combinação de elementos pessoais e reais, colocados em função de um resultado econômico, e realizada em vista de um intento especulativo de uma pessoa, que se chama empresário. Como criação de atividade organizativa do empresário e como fruto de sua idéia, a empresa é necessariamente aferrada à sua pessoa, dele recebendo os impulsos para seu eficiente funcionamento.

Note-se que o posicionamento de Requião é formado a partir do conceito clássico da economia trazido por Ferri e sobre o qual se construiu o conceito jurídico. Para o Direito, apenas alguns aspectos mais importantes da empresa possuem relevância, como atesta Giuseppe Ferri (1957, p. 23) ressaltando tais aspectos e explicando serem quatro: i) a empresa enquanto expressão da atividade do empresário; ii) a empresa como idéia criadora à qual a lei concede tutela; iii) a empresa como um complexo de bens; e, iv) a empresa e suas relações com seus dependentes.

Com o surgimento do Direito do Trabalho, as relações entre o empresário e seus dependentes (trabalhadores em sentido amplo) havidas em decorrência do desenvolvimento da atividade empresarial (empresa) passaram a ser tuteladas pelo direito laboral, o que causou uma ruptura conceitual relevante entre o Direito Comercial e o Direito do Trabalho.

Délio Maranhão (2003, p. 288), ao explicar a definição legal de empregador, não utiliza o conceito econômico-jurídico de empresa, muito pelo contrário, o autor segue na contramão da doutrina que se forma preocupada com a interdisciplinaridade ao afirmar que “na definição legal do empregador, de início referida, a palavra “empresa” há de ser entendida no sentido impróprio de “empresário”. Do contrário, tal definição nada significa, juridicamente falando.”

A questão levantada pressupõe uma inversão dos conceitos abandonando toda a evolução do pensamento doutrinário. Espera-se que esses

conceitos adotados pelo Direito do Trabalho não venha a obstar a aplicação do princípio da preservação da empresa no caso concreto.

A doutrina brasileira apoiou-se na doutrina italiana de empresa, porém continuaram os juristas brasileiros a aprimorar o conceito, inclusive pela consideração da existência de *mercados*, área de atuação das empresas na elaboração de novos conceitos.

Um conceito moderno de empresa é apresentado por Raquel Stajn (2004, p. 177) que afirma ser empresa a

Instituição econômica que, visando ao desenvolvimento das atividades de produção e distribuição de bens e serviços nos mercados, criação de riquezas ou utilidades, interessam (*sic*) a operadores do direito e a economistas. São criação da iniciativa econômica em que meios patrimoniais se aliam a outros pessoais e, portanto, são uma *fattispecie* originária, devem ter suporte fático próprio, não derivado da noção de empresário. Para Oppo, o comportamento é econômico no fim, produtor de novas utilidades, e no método, reprodutivo ou reconstitutivo, e não na intenção do agente, nem mesmo como finalidade de lucro. Aduz que fim produtivo não significa visar à troca, sendo, também, empresa, a organização mutualística pura. Método econômico, contínua, significa que a organização é duradoura e estável, distinta como atividade daquela do empresário que a cria.

Essa visão de Stajn adota teorias e concepções próprias da economia. Refere-se ela a *mercado* ou *mercados* que é fruto do capitalismo, mais precisamente, do liberalismo econômico, sendo um mecanismo que proporciona a realização de troca entre pessoas. Não é um lugar definido no espaço, mas, sim a relação instituída entre oferta e demanda.

Segundo a doutrina econômica, *mercado* é um “grupo de compradores e vendedores que, por meio de suas reais ou potenciais interações, determina o preço de um produto ou de um conjunto de produtos”. (PINDYCK; RUBINFELD, 1999, p. 9)

Pode-se afirmar que a existência do mercado se deve à existência da propriedade privada. Seria um tanto insensato afirmar que em um regime, por exemplo, comunista, exista mercado, pois este não prescinde da livre iniciativa, que, por sua vez, só é possível havendo propriedade privada.

Identifica-se o *mercado* pelo tipo de troca que ele realiza. Por exemplo o mercado do ouro, de produtos agrícolas, de valores e o financeiro entre

tantos outros. A relação mais importante para o *mercado* é aquela estabelecida entre oferta e procura, pois ela estabelece os preços que serão praticados.

Há também questões interessantes na análise do mercado geradas pela concorrência entre as empresas. Exemplo disso é que existem mercados em que a concorrência é muito grande, ou seja, existem diversos concorrentes ofertando seu produto e outros nos quais o número de concorrentes é irrisório; outro exemplo seria o impacto que a aplicação do princípio da preservação da empresa poderia causar na indústria e também no mercado.

Para que não se deixe dúvida ao leitor, “Indústria é um conjunto de empresas que vende o mesmo produto ou produtos correlatos” (PINDYCK; RUBINFELD, 1999, p. 10), ou seja, ela corresponde a um dos lados componentes do *mercado*, mais precisamente, o lado correspondente à oferta, que é formado por empresas vendedoras de bens ou serviços; os “trabalhadores que vendem seus serviços por meio do trabalho; e, os proprietários de recursos, que arrendam terras ou comercializam recursos minerais para as empresas”. (PINDYCK; RUBINFELD, 1999, p. 9)

Assim estruturado o mercado, resta apenas nomear os componentes da demanda, ou seja, “consumidores (adquirentes de bens e de serviços) e as empresas (adquirentes de trabalho, capital e matérias-primas que utilizam para produzir bens e serviços)”. (PINDYCK; RUBINFELD, 1999, p. 9)

Nesse ambiente até então estruturado, têm-se a empresa e suas relações, o mercado com suas peculiaridades e o direito tentando desesperadamente criar regras com as quais espera regular toda essa máquina dinâmica, incansável e potencialmente devastadora.

Estudos recentes apontam para uma solução integrada entre direito e economia; um movimento iniciado por Ronald Coase, Guido Calabresi e Trimarchi denominado *Law and Economics*, que vem sendo escrutinado e aperfeiçoado em diversas universidades americanas e européias. (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 2)

Para Décio Zylbersztajn e Rachel Sztajn (2005, p. 3), a análise econômica deve “considerar o ambiente normativo no qual os agentes atuam, para não correr o risco de chegar a conclusões equivocadas ou imprecisas”. Tal ocorrência se deve pela não consideração dos “constrangimentos impostos pelo Direito ao comportamento dos agentes econômicos”.

Verifica-se, portanto, a necessidade de um estudo holístico da importância da empresa. Ao direito cabe tutelá-la, por isso sua importância segue aumentando para este estudo.

Resta entender que o mundo está em constante mutação; essa face que agora se apresenta está exigindo muito mais que a anterior. Hoje, fala-se em sustentabilidade abandonando termos como “selvagem”. A alta competitividade entre as diversas empresas está além do jurídico e do econômico; hoje há a preocupação com o meio ambiente, com a qualidade de vida que terão os futuros habitantes do planeta e isso reflete na maneira com que as empresas são desenvolvidas.

O Direito deve acompanhar esse movimento evolutivo da empresa, não há espaço para a tradicional empresa voltada apenas para si, embora ainda haja algumas que consigam matar empresas de um lado e espiar sua culpa financiando obras sociais de outro, como é o caso do setor bancário. Importa nesse momento valorizar o ser humano, promover um dos objetivos mais lúcidos da Constituição que é a redução das desigualdades regionais e sociais e a justiça social.

Jorge Queiroz (2004, p. 34) coloca a questão de forma bem clara:

No moderno princípio de interdependência não há espaço para a dicotomia vencedores e vencidos. Ou todos são vencedores ou todos são vencidos. Num país desigual como o Brasil, a necessidade de que todos vençam ainda é maior, além de mais urgente. Assim como na guerra, a maioria das batalhas do dia-a-dia não é definitiva. (...) Sendo a empresa o único núcleo real de desenvolvimento, devemos ter como objetivo central sua preservação. Precisamos entender que a partir de sua concepção a empresa torna-se um ‘ente vivo’, estando acima dos interesses individuais de seus ‘stakeholders’(...).

Percebe-se o estabelecimento de um novo paradigma, que no pensamento de Queiroz (2004, p. 47) possui seis dimensões: i) abordagem holística, que possui como principais valores a ética e a transparência. A busca por melhoria, a busca e aplicação de conhecimento, consciência da responsabilidade social da empresa e o respeito e cooperação para a preservação do meio ambiente formam regras de sobrevivência que não podem mais ser ignoradas; ii) direcionamento estratégico, diz respeito ao processo de gestão da empresa e está mais próximo das técnicas de administração; iii) preservação e recuperação de valor da empresa; iv) promoção do desenvolvimento sustentável; v) capacitação e formação de especialistas; vi) novas técnicas e ferramentas.

Com isso, estruturaram-se até aqui, pilares funcionais para a compreensão da importância atual da preservação da empresa. Não apenas em uma visão meramente liberal, mas agregada de valores sociais e individuais garantidos constitucionalmente. Como núcleo do comércio, a empresa desempenha funções além daquelas admitidas (ou imaginadas) há décadas. A responsabilidade advinda com a criação de uma empresa é muito maior na atualidade visto que consumida grande parte da matéria-prima existente na natureza, o homem precisa olhar para o futuro, sem entretanto esquecer que a sustentabilidade é a exigência primeira para a manutenção da vida digna.

A empresa cresceu e seu entorno cresceram outras mais e assim, sucessivamente. Permitir a simples extinção de uma empresa gera efeitos sem par, tanto no mercado ao qual pertença, quanto nas famílias dos trabalhadores que dela dependam. Os impactos da extinção das empresas viáveis serão tratados com mais propriedade em capítulo próprio.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Em razão dos movimentos evolutivos do direito constitucional relacionados, principalmente, com o novo constitucionalismo¹⁰, em que os princípios constitucionais assumem seu verdadeiro papel, a necessidade de se localizar os princípios norteadores de determinados sistemas jurídicos se faz premente para a máxima aplicação do Direito.

Apenas para situar a discussão acerca do termo, por neoconstitucionalismo pode-se entender certo tipo de estado de direito, ou uma teoria do direito apta a explicar o modelo neoconstitucional, ou ainda uma ideologia que justifica e defende a forma política designada pela expressão “neoconstitucional”. (PRIETO SANCHÍS, 2005, p. 123)

No Brasil, o movimento denominado neoconstitucionalismo foi acessado há pouco tempo, pois não fica em um passado muito distante a colocação da Constituição e do Direito Constitucional como meros objetos cujo estudo se reduzia a poucas aulas dadas nas faculdades de direito de todo o país.

A história da política brasileira contribuiu para que isso ocorresse ao impor regimes ditatoriais renegando o estado de direito e censurando livre pensamento¹¹.

¹⁰ Miguel Carbonel (2005, p. 9 et. seq.) Na introdução ao livro *Neoconstitucionalismo(s)*, tece as seguintes considerações sobre o assunto: “El constitucionalismo contemporáneo ha definido sus rasgos característicos en los últimos cincuenta años, sobre todo a partir del final de la Segunda Guerra Mundial. (...) Sin embargo, desde entonces el constitucionalismo no ha permanecido como un modelo estático, sino que ha seguido evolucionando en muchos sentidos. (...) Casi todos los autores incluidos en este libro están de acuerdo en que las modificaciones operadas sobre el modelo o paradigma del Estado constitucional son de tal entidad que ya se puede hablarse de un Estado (neo)constitucional. O quizá incluso no de uno, sino varios (neo)constitucionalismos (...) Conviene tener presente, con todo, que cuando se habla de neoconstitucionalismo, ya sea en singular o en plural, se está haciendo a dos cuestiones que deben estudiarse por separado. Por una parte, como ya se ha mencionado, a una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se ha llamado el paradigma del Estado constitucional. Por otro lado, con el término «neoconstitucionalismo» se hace referencia también a una determinada teoría del Derecho que ha propugnado en el pasado reciente por esos cambios y/o que da cuenta de ellos, normalmente en términos bastante positivos o incluso elogiosos.(...) Lo que haya de ser el neoconstitucionalismo en su aplicación práctica y en su dimensión teórica es algo que está por verse. No se trata, como se acaba de apuntar, de un modelo consolidado, y quizá ni siquiera pueda llegar a estabilizarse en el corto plazo, pues contiene en su interior una serie de equilibrios que difícilmente pueden llegar a convivir sin problemas.”

¹¹ Sobre a ditadura militar no Brasil ver: HABERT, 1996; SKIDMORE, 1988; FAORO, 2001.

Superada essa fase, os recém-libertados constitucionalistas brasileiros puderam trazer à baila as diversas teorias sobre o constitucionalismo discutidas pelo mundo, mostrando um panorama diferente e promissor ao Direito Constitucional no Brasil. Em razão disso, modernamente, consideram-se princípios objetos legítimos de estudo, dignos de toda a atenção que requerem e merecem.

3.1 CONCEITUANDO OS PRINCÍPIOS

Utiliza-se aqui o *conceito* de princípios constitucionais por ser o caminho indicado quando se propõe a delinear um determinado objeto de estudo; antes, porém, de tal proposição, convém ressaltar a diferença existente entre conceito e definição.

Conceituar é diferente de *definir*. O primeiro trata de individualizar o objeto traçando-lhe a forma, já o segundo, explica o significado do objeto.

Aplicando a diferenciação semântica e tendo como objetivo os princípios constitucionais, Ruy Samuel Espindola (2002, p. 35, nota 6) salienta que *conceituar* e *definir* são diferentes pois:

Conceituar diz respeito à atividade de compreensão, de cognição do conjunto das propriedades teórico-jurídicas que compõe a idéia de princípio *na* Constituição (para se definir os princípios); também diz respeito à caracterização da extensão dos tipos de normas da Constituição, que possuem as mesmas características que tipificam os princípios constitucionais (para se dividir, classificar os princípios). O ato de definir está ligado a *compreensão* do conceito, e não a sua *extensão*.

Supera-se, aqui, a evolução princípios/ princípios gerais de direito/ princípios constitucionais¹², fixando os princípios constitucionais como ponto de partida do desenvolvimento deste trabalho. Não se questiona, todavia, a importância de tal evolução.

Os princípios constitucionais são o fundamento da ordem jurídica e possuem papel primordial no sistema jurídico. Alheios às visões jusnaturalistas ou positivistas, fazem parte do sistema jurídico, como uma herança que se consolida e

¹² Sobre o assunto ver: ESPÍNDOLA, 2002, p. 49-60 e 75-80; AARNIO, In AARNIO; GARZÓN VALDÉS; UUSITALO, 1997, p. 20-22; GRAU, 2002, item 34, p. 84-86.

se multiplica. A sua função ainda que aparentemente básica (trazer unidade e harmonia a todo o arcabouço de normas existentes em um determinado sistema), também, apresenta-se muito complexa.

“Os princípios são as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico” (ATALIBA, 2004, p. 34). “Os princípios constitucionais, são, assim, o cerne da Constituição, onde reside a sua identidade, a sua alma.” (ROCHA, 1994, p. 23). As afirmações, seccionadas e emprestadas de Geraldo Ataliba e Carmem Lúcia Antunes Rocha, servem como ponto de partida ao estudo deste capítulo.

Observa Ataliba que os princípios “expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição”. E acrescenta: “por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas conseqüências.” (2004, p. 34).

Riccardo Guastini (2005, p. 185) afirma que a “expressão ‘princípios de (do) direito’ apresenta um significado fugaz”. E conclui o autor sintetizando que “são princípios as normas que, aos olhos de quem fala se revestem de uma especial ‘importância’, ou aparecem como normas ‘caracterizantes’ do ordenamento ou de uma sua parte”.

Observando os princípios constitucionais a partir de uma análise axiológica, Luis Roberto Barroso (1993, p. 284 et. seq.) traz o seguinte conceito: “princípios constitucionais, são, precisamente, a síntese dos valores principais da ordem jurídica”.

Avaliando o binômio princípio-norma, Robert Alexy (1993, p. 138) credita ao *valor*¹³ grande parte da estrutura dos princípios apresentando a questão da seguinte maneira:

¹³ Prieto Sanchis (1998, p. 66) faz uma análise pontual sobre valor e direito: “Que no existe una relación necesaria o conceptual entre Derecho y moral, que el Derecho puede y debe ser tratado como un fenómeno social específico caracterizado por el uso de la fuerza, que resulta viable y fructífera una aproximación neutral, externa o no comprometida al conocimiento jurídico y, en suma, que la obligación moral de obediencia no representa un elemento definicional del peculiar orden normativo que llamamos Derecho, constituyen arraigadas tesis positivistas que hoy parecen hallarse en franco retroceso en amplios sectores tanto de la dogmática jurídica como de la teoría Del Derecho. Los argumentos son variados, pero uno de los más divulgados tiene mucho que ver con los principios; y es que éstos serían el punto de conexión entre Derecho y moral, los vehículos que permitirían definir el Derecho como un sistema normativo de base moral, generador, por tanto, de una obligación de obediencia”.

Es fácil reconocer que los principios y los valores están estrechamente vinculados entre sí en un doble sentido: por una parte, de la misma manera que puede hablarse de una colisión de principios y de una ponderación de principios, puede también hablarse de una colisión de valores; por otra, el cumplimiento gradual de los principios tiene su equivalente en la realización gradual de los valores. Por ello, enunciados del Tribunal Constitucional Federal sobre valores pueden ser reformulados en enunciados sobre principios o máximas en enunciados sobre valores, sin pérdida alguna de contenido.

A partir dessa elaboração, Alexy destaca que apesar de haver várias semelhanças, há uma diferença entre princípios e valores que é de fundamental importância. Afirma o autor que essa diferença se torna evidente ao constatar-se a divisão dos conceitos práticos de Von Wright, que se dividem em três grupos: i) deontológicos; ii) antropológicos; e, iii) axiológicos. (1993, p. 139).

Explica Alexy, com esteio em Von Wright, que conceitos deontológicos são “os de mandato, proibição, permissão e de direito a algo. Comum a todos esses conceitos é que, (...) podem ser referidos a um conceito deontico fundamental, ao conceito de mandato ou de dever ser.” Os conceitos antropológicos são os de vontade, interesse, necessidade, decisão e ação. Por fim os conceitos axiológicos “são caracterizados pelo fato de que seu conceito fundamental não é um mandato de dever ser e sim de bom [valor].” (1993, p. 139, tradução nossa).

Quanto aos conceitos axiológicos, expõe Alexy (1993, p. 139) que:

La variedad de los conceptos axiológicos resulta de la variedad de los criterios de acuerdo con las cuales algo puede ser calificado de bueno. Así, se utilizan conceptos axiológicos cuando algo es catalogado como bello, valiente, seguro, económico, democrático, social, liberal o propio del Estado de derecho.

Dessa forma, conclui o autor que:

Estos tres grupos de conceptos delimitan el campo en el cual han tenido lugar las polémicas básicas, tanto en la filosofía práctica como en la jurisprudencia. Aquí cabe mencionar tan sólo las controversias acerca del carácter deontológico o teleológico de la ética que, en buena parte, es una polémica sobre el primado del concepto de deber ser o del concepto de lo bueno, o el desarrollo desde la jurisprudencia de los conceptos, a través de la de los intereses, hasta la jurisprudencia de los valores, que puede ser presentado como una secuencia del primado de conceptos deontológicos, antropológicos y axiológicos.

O autor permite-se, ainda, analisar a qualificação feita por Von Wright para concluir que os princípios são *mandamentos de otimização* e pertencem

à classe deontológica, pois se enquadram nos chamados mandamentos do *dever ser*, enquanto os valores pertencem à classe axiológica, ou seja, mantêm estreita relação com conceitos subjetivos como beleza, segurança, coragem, liberdade, democracia etc. (ALEXY, 1993, p. 141)

Muito mais que *síntese de valores*, os princípios são o fundamento e fornecem a direção ao sistema constitucional que informam. Neste *iter*, Carmem Lúcia A. Rocha (1994, p. 23) define princípios constitucionais como

conteúdos intelectivos dos valores superiores adotados em dada sociedade política, materializados e formalizados juridicamente para produzir uma regulação política no Estado. Aquelos valores superiores encarnam-se nos princípios que formam a própria essência do sistema constitucional, dotando-o assim, para cumprimento de suas funções, de normatividade jurídica. A sua opção ético-social antecede a sua caracterização normativo-jurídica. Quanto mais coerência guardar a principiologia constitucional com aquela opção, mais legítimo será o sistema jurídico e melhores condições de ter efetividade jurídica e social. (...) A ordem constitucional forma-se, informa-se e conforma-se pelos princípios adotados. São eles que a mantêm em sua dimensão sistêmica, dando-lhes fecundidade e permitindo a sua atualização permanente. É na recriação de seu texto que se permite à Constituição renascer, adequando-se ao sentido do Justo que o povo acolhe em cada momento histórico, legitimando-se pelo movimento incessante, mas sem conduzir à perda da natureza harmoniosa que preside o sistema e que fica assegurada pela integratividade que a observância dos princípios possibilita.

Humberto Ávila (2005, p. 27), citando Karl Larenz, escreve que princípios são “como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do direito, deles decorrendo, direta e indiretamente, normas de comportamento”.

Os princípios, que se caracterizam pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus dependendo das possibilidades reais e jurídicas, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. (ALEXY, 1993, p. 86)

José Joaquim Gomes Canotilho (2000, p. 1125), nesse mesmo sentido, afirma ser importante observar que “os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos”, e que possuem convivência

confitual, existindo simultaneamente, e assim, permitindo “o balanceamento de valores e interesses”.¹⁴

Espíndola (2002, p. 199), comentando Canotilho, diz que “os princípios constitucionais devem ter uma referência positiva, reconduzindo-se ao bojo do sistema de normas postas”. Explica o autor acerca de sua afirmação:

Deve-se partir de um ponto de vista positivo-normativo, do texto da Constituição, para chegar aos princípios constitucionais, tanto os expressos como os implicitamente considerados. E a atitude metódica a ser levada em conta, deve ter como limite as disposições do texto constitucional; deve levar em conta possíveis extrações dos enunciados do texto. E, para isso, é claro, deve servir-se o intérprete de uma *metódica* constitucionalmente adequada (...). A ressalva para esse ponto deve-se ao fato de que mesmo adotando a procura de princípio no sistema constitucional positivo, se não houver uma postura metódica adequada, o intérprete pode iludir-se ou iludir, no seguinte sentido: o princípio que *encontrar* pode não ser *descoberto* no texto constitucional, mas em instância valorativa fundada em subjetivismos, em posturas axiológicas, ideológicas, ou outras formas de subjetividade *interpretativa*, que frustrem a tendencial objetividade exigível na atividade de *extração* dos princípios da ordem constitucional positiva.

A teoria defendida por Dworkin sobre princípios e regras é dotada de simbologia peculiar, devendo-se atentar às diversas definições por ele utilizadas na estruturação de sua tese. Escreve o autor (2002, p. 36) sobre *princípio*:

Defino “princípio” um padrão regular que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio.

Para Dworkin (2002, p. 42), os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância, diferentemente das regras.¹⁵ Assim, mesmo os princípios que

¹⁴ No mesmo sentido de Robert Alexy, Canotilho (2000, p. 1215): “Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de «tudo ou nada»; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a «reserva do possível», fáctica ou jurídica”.

¹⁵ “Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.” (DWORKIN, 2002, p. 42 et. **seq.**)

se parecem com regras não têm aplicação automática, devendo o juiz sopesar sua aplicação no caso concreto.¹⁶

O que se pode deduzir dos conceitos trazidos (e aqui se utilizarão os autores já citados) é que *princípios são fundamentos que traduzem a síntese dos valores principais da ordem jurídica, estabelecendo o alicerce normativo para aplicação e interpretação do direito. São a origem das normas de comportamento, por serem padrões a serem observados. São cumpridos em diferentes graus pois, além de possuírem dimensão de peso ou importância, dependem das possibilidades reais e jurídicas para sua efetiva aplicação.*

Como se pode perceber, conceituar “princípio” dentro do direito não é tarefa fácil, tampouco simples. Este trabalho utilizará os conceitos já produzidos pela doutrina para traçar um caminho claro a fim de atingir um objetivo específico. Para tanto, a análise do conceito e da classificação dos princípios é de fundamental importância.

3.2 CLASSIFICANDO OS PRINCÍPIOS

Distante da discussão conceitual em si, mas demonstrando interesse na caracterização e individualização dos princípios constitucionais, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2005, p. 391 et. seq.) aponta duas espécies de princípios: i) os princípios inferidos e, ii) os princípios prescritivos. Para ele, *princípios inferidos* são aqueles princípios os quais se deduzem, porque constituem fundamento da Constituição aos quais informam, todavia não aparecem explicitamente no texto constitucional. Já os *princípios prescritivos*, são aqueles explícitos na Constituição e que prescrevem “linhas de conduta, ou de orientação, que indicam o rumo da efetivação da Constituição”. Porém, complementa o autor, alguns princípios

¹⁶ “Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas. Dizemos que o nosso direito respeita o princípio segundo o qual nenhum homem pode beneficiar-se dos erros que comete. Na verdade, é comum que as pessoas obtenham vantagens, de modo perfeitamente legal, dos atos jurídicos ilícitos que praticam. O caso mais notório é a usucapião (...). Um princípio como “Nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos” não pretende [nem mesmo] estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita uma decisão particular.” (DWORKIN, 2002, p. 40 et. seq.)

prescritivos podem também ser inferidos, a exemplo do art. 29¹⁷, *caput* da Constituição brasileira.

José Afonso da Silva (2002, p. 93), resumindo Gomes Canotilho, afirma que os princípios constitucionais são essencialmente de duas ordens: i) princípios político-constitucionais e, ii) princípios jurídico-constitucionais. E explica que os primeiros:

Constituem-se daquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, e são, segundo Crisafulli, *normas-princípio*, isto é, “normas fundamentais que derivam logicamente (e em que, portanto, já se manifestam implicitamente) as normas particulares regulando imediatamente relações específicas da vida social”. Manifestam-se como *princípios constitucionais fundamentais*, positivados em *normas-princípio* que “traduzem as opções políticas fundamentais conformadoras da Constituição”, segundo Gomes Canotilho, ou de outro quadrante, são decisões políticas fundamentais sobre a particular forma de existência política da nação, na concepção de Carl Schmitt (sic). São esses princípios fundamentais que constituem a matéria dos arts. 1º a 4º do Título I da Constituição [...].

Já a segunda ordem de princípios, são também chamados *princípios constitucionais gerais*, e são aqueles princípios que informam a ordem jurídica nacional. A respeito, complementa José Silva (2002, p. 93):

Decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais, como o princípio da supremacia da constituição, o princípio da legalidade, o princípio da isonomia, o princípio da autonomia individual, decorrente da declaração de direitos, o da proteção social dos trabalhadores, fluente de declaração dos direitos sociais, o da proteção da família, do ensino e da cultura, o da independência da magistratura, o da autonomia municipal, os da organização e representação partidária, e os chamados princípios garantias (o do *nullum crimen sine lege* e da *nulla poena sine lege*, o do devido processo legal, o do juiz natural, o do contraditório entre outros, que figuram nos incs. XXXVIII a LX do art. 5º) [...].

Canotilho (2000, p. 1128), a partir da nova divisão teórica de norma que classifica a norma como dicotômica, sendo ela o conceito geral que se divide nas espécies regras e princípios, traz a seguinte tipologia dos princípios: i) Princípios jurídicos fundamentais (ou gerais); ii) Princípios políticos constitucionalmente conformadores; iii) Princípios constitucionais impositivos; e, iv) Princípios-garantia.

¹⁷ “**Art. 29.** O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: (...)” (BRASIL, 2007, p. 43)

Princípios jurídicos fundamentais (ou gerais) são aqueles que “pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.” (CANOTILHO, 2000, p. 1128) Tais princípios possuem função positiva e negativa, pois *informam materialmente e proíbem os atos do Poder Público*.

Ressalva Canotilho (2000, p. 1129) que

Em virtude dessa dimensão determinante (positiva e negativa) dos princípios, reconhece-se hoje que, mesmo não sendo possível fundamentar autonomamente, a partir deles, recursos de direito público (o que é discutível), eles fornecem sempre directivas materiais de interpretação das normas constitucionais. Mais que isso: vinculam o legislador no momento legiferante, de modo a poder dizer-se ser a liberdade de conformação legislativa positiva e negativamente vinculada pelos princípios jurídicos gerais.

Os princípios políticos constitucionalmente conformadores “explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte”. Neles se “condensam as opções políticas nucleares e se reflecte a ideologia inspiradora da constituição.” (CANOTILHO, 2000, p. 1130) Revelados, pelo autor, como *cerne político de uma constituição política*, tais princípios são reconhecidos como “limites ao poder de revisão” e são os mais “diretamente visados no caso de alteração profunda do regime político”. (CANOTILHO, 2000, p. 1130)

São princípios políticos constitucionalmente conformadores aqueles definidores da forma de Estado, definidores da estrutura do Estado, estruturantes do regime político e os caracterizadores da forma de governo e da organização política em geral. (CANOTILHO, 2000, p. 1130)

Quanto a essa classe de princípios, Canotilho (2000, p. 1130) assim se pronuncia:

Tal como acontece com os princípios jurídicos gerais, os princípios políticos constitucionalmente conformadores são princípios normativos, retrizes e operantes, que todos os órgãos encarregados da aplicação do direito devem ter em conta, seja em actividades interpretativas, seja em actos inequivocamente conformadores (leis, actos políticos).

Já nos princípios constitucionais impositivos, compreendem-se “todos os princípios que impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas.” (CANOTILHO, 2000, p. 1130) Projetam,

eles, principalmente para o legislador, linhas diretrizes da atividade política e legislativa.

Canotilho assim os resume:

São, portanto, princípios dinâmicos, prospectivamente orientados. Estes princípios designam-se, muitas vezes, por «preceitos definidores dos fins do Estado» (assim Scheuner: *Staatszielbestimmungen*), «princípios directivos fundamentais» (Häfelin) ou «normas programáticas, definidoras de fins ou tarefas».

Por fim, os princípios-garantia são os responsáveis por “instituir directa e imediatamente uma garantia aos cidadãos. É-lhes atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa”. (CANOTILHO, 2000, p. 1131)

Luís Roberto Barroso (2004, p. 369) traz uma classificação singular dos princípios constitucionais. Diz ele que os princípios constitucionais dividem-se em: i) princípios instrumentais de interpretação constitucional e, ii) princípios constitucionais materiais. “As normas constitucionais são normas jurídicas, e, como consequência, sua interpretação serve-se dos conceitos e elementos clássicos da interpretação em geral” (BARROSO, 2004, p. 369).

Acrescenta Barroso (2004, p. 369) que as normas constitucionais possuem particularidades que as individualizam perante as demais normas de direito, destacando-se por exemplo: “a) superioridade jurídica; b) natureza da linguagem; c) o conteúdo específico; d) o carácter político”.

Tendo em vista tais características, “desenvolveram-se ou sistematizaram-se categorias próprias, identificadas como princípios específicos ou princípios instrumentais de interpretação constitucional.”¹⁸ (BARROSO, 2004, p. 370).

A sistematização ofertada por Barroso (2004, p. 370 et. seq.) traduz-se na simplicidade que sobreviveu ao tempo. Considera o autor que constituem princípios instrumentais de interpretação constitucional: i) o princípio da supremacia da Constituição; ii) o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público; iii) o princípio da interpretação conforme a Constituição; iv) o

¹⁸ Para Barroso (2004, p. 369), os “princípios instrumentais de interpretação constitucional constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta. Nenhum deles encontra-se expresso no texto da Constituição, mas são reconhecidos pacificamente pela doutrina e pela jurisprudência”.

princípio da unidade da Constituição; v) o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade; vi) o princípio da efetividade;¹⁹

Walter Rothenburg (2003, p. 69) e Peña de Moraes (2004, p. 103) trazem a classificação dos princípios constitucionais materiais, elaborada por Barroso, destacando que esses se dividem em três espécies: i) princípios fundamentais; ii) princípios gerais e, iii) princípios setoriais.

Barroso explica:

Princípios fundamentais expressam as principais decisões políticas no âmbito do Estado, aquelas que vão determinar sua estrutura essencial. Veiculam, assim, a forma, o regime e o sistema de governo, bem como a forma de Estado. [...] também se incluem nessa categoria os objetivos indicados pela Constituição como fundamentais à República e os princípios que regem as suas relações internacionais. [...] Princípios constitucionais gerais, embora não integrem o núcleo da decisão política formadora do Estado, são importantes especificações dos princípios fundamentais. Têm eles menor grau de abstração, sendo mais facilmente determinável o núcleo em que operam como regras. Por tal razão, prestam-se de modo corrente à tutela direta e imediata das situações jurídicas que contemplam. Por serem desdobramentos dos princípios fundamentais, irradiam-se por toda ordem jurídica. Princípios setoriais ou especiais, são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a um determinado tema, capítulo ou

¹⁹ Sobre tais princípios, Barroso (2004, p. 370) explica: No princípio *da supremacia da Constituição* a legislação infraconstitucional não pode existir se incompatível com qualquer norma constitucional. “a Constituição regula tanto o modo de produção das demais normas jurídicas como também delimita o conteúdo que possam ter”. Tal princípio “não tem conteúdo próprio, ele apenas impõe a prevalência de uma norma constitucional, qualquer que seja ela.” O *princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público* “funciona como fator de autolimitação da atuação judicial: um ato normativo somente será declarado inconstitucional quando a invalidade for patente e não for possível decidir a lide com base em outro fundamento”. O *princípio da interpretação conforme a Constituição*, decorre dos dois princípios antecedentes. “O aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição”. Acrescenta Barroso: “ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto”. Sua função é não deixar que o intérprete “se converta em legislador positivo”. O *princípio da unidade da Constituição* funda-se na premissa de que a ordem jurídica é um sistema, uno, equilibrado e harmônico. A solução de conflitos eventuais entre normas infraconstitucionais se faz por meio dos “critérios tradicionais da hierarquia, da norma posterior e o da especialização”. Já na “colisão de normas constitucionais, especialmente de princípios – mas também, eventualmente, entre princípios e regras e entre regras e regras – emprega-se a técnica da ponderação”. O *princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade* “tem seu fundamento na idéia de devido processo legal substantivo e na justiça”. Barroso afirma que se trata de um “valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público”. “Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto”. Já o *princípio da efetividade* tem sua definição baseada no conceito de *efetividade* “que significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social.” (Ibid., p. 374)

título da Constituição. Eles se irradiam limitadamente, mas no seu âmbito de atuação são supremos. Por vezes são mero detalhamento dos princípios gerais, como os princípios da legalidade tributária ou da legalidade penal. Outras vezes são autônomos, como o princípio da anterioridade em matéria tributária ou o do concurso público em matéria de administração pública. (2004, p. 375 et. seq.).

Classificação que também se distingue é a feita por Jerzy Wróblewski (2003, p. 206) que sustenta cinco categorias de princípios: a) princípios positivos; b) princípios implícitos; c) princípios extra-sistêmicos; d) princípios-nome; e, e) princípios construção.

Por princípios positivos ou explícitos entendem-se aqueles que estão contidos em algum texto normativo, os quais estão distribuídos por todo texto constitucional e infraconstitucional. Podem se apresentar sem a nomenclatura própria “princípios”, mas assim o são considerados em razão da sua generalidade, qualidade, abrangência, etc. São, por essa razão, tidos como princípios enformadores das normas inferiores.

Os princípios implícitos são aqueles que embora desprovidos de dispositivo legal existem, pois, deduzidos pela interpretação da norma ou conjunto de normas. A consideração que se faz a partir dessa afirmação é que o intérprete traz à tona um princípio latente no sistema jurídico; assim, ele, o intérprete, não inova, não cria princípio novo.

Guastini (2005, p. 194) recorda que na atualidade os princípios implícitos são concebidos pelos hermeneutas por via de indução tendo por origem normas particulares. Essa maneira de compreender tal espécie de princípios é consenso entre os juristas.

Os princípios extra-sistêmicos são encontrados no sistema da common law, visto que não são deduzidos de norma positivada. Tais princípios se manifestam quase sempre como construção teórica, sendo resultado de argumentação moral ou política, extraordinariamente racionalizado, o que não é comum nas decisões judiciais. Há, entretanto, a possibilidade de que tais princípios suprapositivos tenham função normativa possibilitada, pela via da direta criação do Direito.

Já os princípios-nome são aqueles nomes que caracterizam os traços essenciais das instituições jurídicas ou a linha geral de regulação do direito. Exemplos de princípio-nome, segundo o autor, são os princípios da boa-fé, da

liberdade de contratar e da verdade objetiva, pois são nomes que caracterizam o conjunto de normas mas não são regras de comportamento, ainda que considerados como fontes na interpretação jurídica, da qual provém sua significação normativa.

Os princípios-construção são as construções que determinam a argumentação jurídica, por vezes de forma decisiva. Um exemplo de princípio construção é a fórmula tradicional da interpretação jurídica que invoca “a vontade do legislador” como princípio para sanar dúvidas.

Quanto às características, Peña de Moraes, apoiando-se em Bachoff, Böckenförde, Canaris, Coing, Habermas e outros, afirma que os princípios constitucionais apresentam nove características²⁰: “abertura, pluralidade, unidade, equilíbrio, hierarquia, polaridade, analogia, historicidade, interdisciplinaridade.” (2004, p. 101)

Os princípios no longo curso de sua trajetória – mesmo que, no início, considerados apenas em sua dimensão axiológica, ou seja, sem eficácia jurídica e sem aplicabilidade direta e imediata -, galgaram o status de norma jurídica. Com isso, a antiga convicção de que princípios serviam apenas para guiar o sistema jurídico, sem, contudo, ter aplicação no caso concreto, veio por terra. A partir de Ronald Dworkin e Robert Alexy, a distinção de princípios e regras teve um câmbio significativo e fundamental, passando a dominar a teoria jurídica e formando um conhecimento convencional da matéria. (BARROSO, 2004, p. 351)

É certo que os autores em geral concordam que “princípios constitucionais” são as normas fundantes de um sistema jurídico. Mas o consenso sobre a matéria cessa aí; princípios, hoje, ainda carecem de conceituação objetiva.

²⁰ Abertura, porque os princípios conformam um sistema axiológico (axiologischen System), e não um sistema axiomático (axiomatischen System), dedicado a viabilizar a concretização dos valores a que se vinculam, por intermédio de diferentes mediações dos intérpretes e aplicadores do Direito Constitucional. Pluralidade, porque os princípios estão dispersos pelo texto constitucional, pelo que são explicitados ou extraídos da Constituição. Unidade, porque os princípios dispõem de estrutura sistêmica e coerência interna, sem embargo da possibilidade de concorrência, solucionada pelo método da ponderação para que seja obtida a harmonização entre eles. Equilíbrio, porque os princípios são reciprocamente implicados, sem a preponderância de uns sobre os outros. Hierarquia, porque, malgrado não exista hierarquia normativa entre regras e princípios, eis que o gênero norma comporta as duas espécies, existe hierarquia axiológica entre elas, já que as primeiras são informadas por valores distintos, no processo de densificação dos segundos. Polaridade, porque os princípios são revisitados a partir da sua própria contrariedade. Analogia, porque os princípios são revelados por dedução, com espeque em valores, ou indução, com esteio em regras constitucionais. Historicidade, porque os princípios são duradouros, sendo o contingente formado por proposições dirigidas ao estudo dos princípios constitucionais. Interdisciplinariedade, porque os princípios não são objeto exclusivo da Ciência do Direito Constitucional (PEÑA DE MORAES, 2004, p. 102).

No entanto, observando sob a ótica da interpretação, essa pluralidade de conceitos e pensamentos seria justamente o que dá significado a eles (os princípios). Os princípios são aplicados a todo instante, muito embora alguns julgadores ainda se sintam desconfortáveis em aplicá-los sem ter o apoio de uma regra. Isso ocorre, na maioria das vezes, em razão da cultura e do modelo jurídico abraçado por nosso país: o positivismo.

3.3 REGRAS E PRINCÍPIOS – TESES CLÁSSICAS OU TRADICIONAIS DE DISTINÇÃO

Antes de discorrer sobre regras e princípios é importante lembrar que ambos são espécies do gênero norma. Para o estudo que aqui se desenvolve, importa a norma constitucional.

Revelando as normas constitucionais, mostrando sua forma, eficácia e aplicação, se formaram os diversos critérios para distinguir suas espécies.

No critério clássico (ou tradicional) de distinção entre regras e princípios, atesta-se a existência de três teorias: i) teoria da distinção forte; ii) teoria da distinção débil; e, iii) teorias que rejeitam as teorias forte e débil, por não verem a distinção entre regras e princípios tratando a ambos como objetos idênticos.

Na *teoria da distinção forte*²¹, a diferença entre regras e princípios é *qualitativa*. Aulis Aarnio (1997, p. 18), explicando a teoria abordada, esclarece que

La tesis de la *demarcación fuerte* está basada en el concepto wittgensteiniano de regla: las reglas se siguen o no.(...) no hay una tercera alternativa. Esto se aplica a todas las reglas y, por lo tanto, también a las reglas jurídicas. Las reglas pueden tener excepciones y, al menos en principio es posible hacer una lista de excepciones. Si las reglas entran en conflicto unas con otras, el conflicto puede decidirse, por ejemplo, con la máxima *lex posterior*. La regla que cede deja de formar parte del orden jurídico. La naturaleza vinculante de los principios es diferente. Pueden seguirse más o menos.

²¹ Virgílio Afonso da Silva põe Robert Alexy e Ronald Dworkin como “representantes mais destacados” desta modalidade de teoria. (2005, p. 31, nota 7)

Evanna Soares (2005), ao tratar dos princípios no Direito do Trabalho, analisa o posicionamento de Ronald Dworkin tendo por base sua teoria dos princípios. Para Soares, a teoria concebida por Dworkin

apresenta-se de forma original, centrando sua concepção na distinção lógica entre princípios jurídicos e normas jurídicas, valendo-se para tanto, dos seguintes critérios: Origem – os princípios são estabelecidos conforme a conveniência da comunidade, ao passo que as normas nascem com a lei. Conteúdo – nas normas o conteúdo é variável, ao passo que nos princípios é moral, ou seja, vale por si mesmo. Procedimento de aprovação – necessário para as normas e dispensável relativamente aos princípios para que ganhem validade. Generalidade – os princípios são mais gerais que as normas. Derrogação – sabe-se quando as normas são derogadas, mas idéia de derrogação, porém, é inútil para os princípios, que são usados ou não. Enumeração – os princípios são exemplificativos, inumeráveis, com sistema aberto, enquanto as normas não. Formulação – as normas podem ser formuladas com clareza (embora nem sempre sejam claras, como idealiza o positivismo), mas os princípios não possuem uma fórmula identificável, dependendo de interpretação construtiva que toma por base as práticas sociais, do sentido de conveniência e oportunidade desenvolvido pela comunidade através do tempo. Aplicação – as normas se aplicam disjuntivamente, isto é, em tudo ou nada, respeitadas as condições de aplicação, as formalidades, sendo que os princípios não têm uma aplicação disjuntiva, e são suscetíveis de ponderação, não são conclusivos, são pontos de partida do entendimento do problema ou casos em forma aberta. Conflito – nas normas valem as regras que expulsam uma das normas em conflito do sistema jurídico, como exemplo, a norma posterior revoga a anterior, assim quando se cogita de conflito entre princípios, o mais relevante, o mais pesado prepondera, e o outro retrocede permanecendo no sistema jurídico sem ser revogado ou dele expulso, em verdadeira dimensão de peso. Exceção – as normas contemplam exceções, os princípios não.

A tese da divisão regras-princípios feita por Dworkin, como assinala Luís Afonso Heck (2003, p. 57), constitui-se em duas partes. A primeira demonstra que as regras são aplicáveis de uma forma *tudo-ou-nada* (*all-or-nothing*), ao contrário dos princípios. Para Dworkin, ou a regra é válida e suas consequências jurídicas são aceitas ou então ela é “não-válida” e com isso em nada pode acrescentar à decisão. Ainda que uma regra tenha exceções (exceptions), não se prejudica seu caráter *tudo-ou-nada*. Já os princípios informam a decisão, mas não devem determinar imperativamente a decisão.

Para Heck (2003, p. 58), analisando-se a tese de Dworkin, chega-se à conclusão de que os princípios têm uma dimensão que as regras não têm, uma dimensão de peso (*dimension of weight*) mostrada na colisão de princípios. Na colisão, o princípio de peso relativamente maior dá a solução ao caso, entretanto o princípio de peso relativamente menor não se tornará inválido, ou será retirado do

ordenamento jurídico. Pode ocorrer que em outro caso, os mesmos princípios entrem em conflito e os pesos sejam distribuídos inversamente.

Uma crítica feita à teoria defendida por Dworkin parte de Luis Prieto Sanchís (1998, p. 66) que afirma ser de Dworkin *a versão mais extrema*:

Que no existe una relación necesaria o conceptual entre Derecho y moral, que el Derecho puede y debe ser tratado como un fenómeno social específico caracterizado por el uso de la fuerza, que resulta viable y fructífera una aproximación neutral, externa o no comprometida. (...) El papel que aquí pueden jugar los principios es presentado de distintos modos. La versión más extrema encuentra su origen reciente en Dworkin o, al menos, en una cierta interpretación que admite el autor norteamericano. Diría así: en el Derecho existen principios que «no se basan en una decisión particular de ningún tribunal u órgano legislativo», sino que se integran en el sistema jurídico en virtud de su propia moralidad, aunque nadie los haya establecido o aplicado. La doctrina del Derecho natural se muestra así con sus más claros perfiles: parece haber una moralidad objetiva, universal y cognoscible que tiene en sí misma relevancia jurídica; por tanto, los principios más fundamentales serían los mismos en cualquier contexto y habrían de ser tomados siempre en consideración a la hora de aplicar el Derecho. Pero parece evidente que este enfoque se hace acreedor a cuantas críticas se hayan podido formular a la doctrina del Derecho natural. Una versión algo más moderada podría presentarse así: bajo la apelación a los principios se recogen siempre normas o criterios de moralidad, ya aparezcan expresamente reconocidos en la Constitución o en las leyes ya se obtengan por inducción de algún sector normativo (...), ya encarnen alguna filosofía moral o política que se supone subyace al conjunto del sistema. Esta tesis es, sin duda, cierta, pero también perfectamente inútil, ya que esa moralidad expresada a través de los principios puede ser cualquier moralidad social, incluso una abiertamente inicua; la igualdad es un principio, pero también puede serlo el *apartheid*; es un principio la libertad de conciencia, pero también lo ha sido la unidad religiosa de la patria.

Já Robert Alexy (1993, p. 83) afirma que tanto regras quanto princípios são normas, pois dizem o que *deve ser* e podem ser formuladas com fundamento na ética. Para o autor, a distinção entre regras e princípios é uma questão de distinção entre os tipos de normas; o ponto crítico da distinção entre regras e princípios é que as regras somente podem ser cumpridas ou não, não há meio termo ou graduação na sua aplicação. Se a regra é válida, deve-se obedecer a ela nos estritos termos que exige. Já os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades reais e jurídicas existentes. Assim, são entendidos como mandatos de otimização, podendo ser cumpridos em graus variados, orientados pelas possibilidades fática e jurídica.

Analisando a proposição de Alexy, Prieto Sanchís (1998, p. 68) tece algumas considerações. Diz ele que Alexy

Es consciente de estas dificultades y por ello formula una tercera versión del papel moral de los principios: éstos no garantizarían la presencia en el Derecho de una moral correcta, dado que pueden resultar claramente inmorales, pero sí el desarrollo de una argumentación moral en el seno de la argumentación jurídica. Esta idea, dice Alexy, no es vacía, pero la verdad es que se aproxima bastante a la vacuidad, pues si bien parece siempre preferible el desarrollo de una argumentación compleja como la que propician los principios antes que una decisión carente de cualquier esfuerzo fundamentados, la argumentación en sí misma no puede garantizar un resultado moralmente plausible si toma como premisas principios que no lo sean. A lo sumo, tan sólo cabría decir que el género de razonamiento que parece exigir la aplicación de principios resulta mejor o más depurado que el método de la subsunción característico de la aplicación de reglas, pero en modo alguno que la existencia de principios suponga una conexión necesaria o fuerte entre el Derecho y la moral; salvo, claro está, que se reduzca el Derecho a puro procedimiento aplicativo y se considere que los resultados de éste han de coincidir necesariamente con los de la argumentación moral.

No entanto, discorre Prieto Sanchís, fazendo uma crítica ao posicionamento de Alexy:

En suma, pese a las apariencias, la existencia de principios en un sistema jurídico no convierte a éste en ningún sucedáneo de la moralidad. Los principios, si son de los llamados generales del Derecho, reproducirán sin más el mérito o el demérito del ordenamiento que reflejan y del que se inducen; y si son principios explícitos, constitucionales, legales o jurisprudenciales, tendrán el valor moral que se deduzca del juicio crítico racional sobre el contenido de los mismos. Definicionalmente, los principios no garantizan la conexión del Derecho con la moral en el sentido de una moral buena o correcta, sino acaso únicamente la conexión con la llamada moral social mayoritaria o del grupo hegemónico, siempre más o menos presente en el ordenamiento jurídico.

Na doutrina brasileira, Ferreira Filho (2005, p. 393) faz crítica às teorias de Alexy e Dworkin, afirmando que:

Hoje não há quem se contente com essa diferenciação formal e pretenda haver entre princípios e regras uma diferença substancial. Entretanto, não há acordo entre os adeptos dessa tese, podendo-se distinguir diversos entendimentos quanto a essa diferença. Realmente o que ensina Dworkin não é subscrito por Alexy; o que ensina Eros Grau é o que entende Ávila etc. E o pior é que não há entre os substancialistas um acordo acerca do critério (substantivo) de diferenciação, ao contrário. Em consequência, fica o estudioso sem uma diretriz clara a respeito do critério substantivo de diferenciação. Dizer, por exemplo, que os princípios são “mandados de otimização” (Alexy) não leva muito longe (toda norma, incluídas as regras, são mandados de otimização, no sentido de que se pretende com elas a otimização de um valor). Igualmente, é falho outro critério, o de Dworkin, segundo o qual as regras são aplicadas num tudo ou nada, enquanto os princípios podem ser dosados ou graduados na sua aplicação (porque a conciliação de regras é tão antiga quanto o direito). Certamente há pontos comuns entre os substancialistas (senão não se poderia falar numa escola, ou corrente). Dentre eles salientem-se dois. Um é a “otimização” inerente ao

princípio. Quer dizer, a afirmação do princípio importa numa ordem, a ordem de otimizá-los nos casos em que cabe a sua aplicação. Outro, a “flexibilização”. O princípio, ao contrário da regra, admite temperamentos na sua aplicação.

Ataques aos posicionamentos de Dworkin e Alexy não são incomuns. Albert Calsamiglia coleciona algumas críticas no texto que apresentou a obra de Dworkin ao direito espanhol. Diz Calsamiglia (2006) que

Os positivistas, ante a crítica de Dworkin – tem reagido de modos muito diversos. Alguns, como Carrió, têm sustentado que o ataque de Dworkin ao positivismo é mais aparente que real, e que se move ainda no âmbito do positivismo. Outros têm assinalado que uma modificação da regra de conhecimento seria suficiente para invalidar a crítica. (tradução nossa)

E mais, acrescenta que alguns autores, como Richards, alimentam a idéia de que Dworkin tenha em sua obra defendido o jusnaturalismo em oposição ao positivismo de Hart. Porém, conclui Calsamiglia que:

Dworkin não é um autor jusnaturalista porque não crê na existência de um direito natural que está constituído por um conjunto de princípios unitários, universais e imutáveis. A teoria do autor americano não é uma *caixa de torrentes transcendental* que permite solucionar todos os problemas e que fundamenta a validade e a justiça do direito. Dworkin recusa o modelo de argumentação típico do naturalismo – que se baseia na existência de uma moral objetiva que o homem pode e deve descobrir. O autor americano tenta construir uma terceira via – entre o jusnaturalismo e o positivismo – fundamentada no *modelo reconstrutivo* de Rawls. Parte-se do pressuposto de que a argumentação moral se caracteriza pela construção de um conjunto consistente de princípios que justificam e dão sentido as nossas intuições. As intuições de nossos juízos são os dados básicos, mas estes dados e estes juízos devem acomodar-se ao conjunto de princípios. Esta tarefa reconstrutivo-racional do pensamento moral não é exclusiva deste, já que Dworkin a estende ao pensamento jurídico. Por isto se pode afirmar com Neil MacCormick que o propósito de Dworkin é reinstaurar a relação íntima entre a argumentação moral e a jurídica, que desde Bentham e Austin se haviam separado radicalmente e desde então constituíram o autêntico fio condutor das doutrinas positivistas. (2006)

A *teoria da distinção débil* sustenta que entre regras e princípios não há uma distinção clara como afirma a teoria da distinção forte. Existe entre eles apenas uma diferença de *grau*. Explica Aarnio (1997, p. 18) que de acordo com esta teoria, tanto regras quanto princípios são normas e possuem papel muito semelhante ou mesmo análogo quando da efetiva aplicação.

Segundo o autor, regras e princípios pertencem à mesma família e por isso parecem idênticos. Ao que parece, os princípios possuem um grau de

generalidade maior que as regras, todavia é muito difícil distingui-los pois não existem características especiais que permitam tal ato. Fato que se deva ter sempre em mente é que os princípios expressam valores e baseado nisso a distinção entre regras e princípios se torna dificultosa.

Analisando a teoria ora abordada, Alexy (2002, p. 85) demonstra que os juristas adeptos dessa teoria crêem no grau de generalidade como critério distintivo. Os princípios teriam um grau de generalidade mais elevado (situações e pessoas indeterminadas) e as regras pouco ou nenhum grau de generalidade. Essa teoria oportunizou aos doutrinadores verificar a existência de outras peculiaridades nas regras e princípios que faziam sua distinção de maneira mais eficaz (teoria forte).

Há aqueles, entretanto, que discordam das duas primeiras teses formando então a terceira tese que afirma não ser possível a distinção em razão da grande variedade existente.

Para os adeptos desta teoria, explica Alexy (2003, p. 85) “toda a intenção de dividir as normas em duas classes, de regras e de princípios, é vã (...)” Nesse sentido, Aarnio (1997, p. 19) afirma que nem a tese de distinção forte, nem a de distinção débil são suficientes para distinguir regras e princípios. Para ele, as teorias podem até tentar expressar a verdade sobre cada uma das espécies de norma, mas fracassam na hora de apresentar uma imagem nítida.

A afirmação feita por Aarnio (1997, p. 19), como visto acima, demonstra-se por meio da consideração de três formulações das teses de distinção: a) os princípios somente podem ser aplicados na base do mais ou menos; b) os princípios são mandamentos de otimização que exigem ponderação do aplicador e, c) os princípios somente são aplicados nos casos que requerem discricionariedade do aplicador.²²

Encerrando a apresentação das teses clássicas de distinção, vale o pensamento de Zagrebelsky (2007, p. 110 et. seq.):

La distinción esencial parece ser la siguiente: las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para ‘tomar posición’ ante situaciones concretas pero que ‘a priori’ aparecen indeterminadas. Los

²² Para um estudo completo das afirmações do autor, ver: AARNIO, 1997, p. 19 et. seq.

principios generan actitudes favorables o contrarias de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de 'supuesto de hecho', a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles 'reaccionar' ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance.

Resta aos operadores do direito saber que a questão posta sobre a distinção entre as espécies de norma é extensa e problemática, contudo sua compreensão não é impossível.

Por todo o exposto, infere-se que as regras se esgotam em si mesmas, diferentemente dos princípios que possuem papel constitutivo do ordenamento jurídico. Pode-se afirmar também que a questão sobre a diferença entre regras e princípios se apresenta mais branda quando analisada sob a ótica da interpretação. Vários métodos podem ser utilizados na interpretação das regras, mas apenas poucos na interpretação dos princípios. Isso porque, cabe na interpretação dos princípios, essencialmente, uma interpretação a partir da ética.

3.4 REGRAS E PRINCÍPIOS – OUTROS CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO

Partindo dos critérios clássicos, a doutrina em geral propõe distintos critérios para identificação das espécies de norma²³.

Canotilho (2000, p. 1124), expondo a *ádua tarefa*²⁴ de distinguir regras e princípios, apresenta cinco critérios:

a) *Grau de abstracção*: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida;

²³ Humberto Ávila cita alguns autores e suas respectivas proposições sobre novos critérios de distinção da norma. (2006, p. 194, nota 10)

²⁴ Canotilho (2000, p. 1125) diz que “a distinção entre princípios e regras é particularmente complexa. Esta complexidade deriva, muitas vezes, do facto de não se estabelecerem duas questões fundamentais: (1) saber qual a função dos princípios, ou seja, se têm uma função retórica-argumentativa ou são normas de conduta; (2) saber se entre princípios e regras existe um denominador comum, pertencendo à mesma «família» e havendo apenas uma diferença do grau (quanto à generalidade, conteúdo informativo, hierarquia das fontes, explicitação do conteúdo, conteúdo valorativo), ou se, pelo contrário, os princípios e as regras são susceptíveis de uma diferenciação qualitativa.”

b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador do juiz), enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação directa;

c) *Carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito);

d) «*Proximidade*» da *idéia de direito*: os *princípios* são «standards» juridicamente vinculantes radicados nas exigências de «justiça» (Dworkin) ou na «idéia de Direito» (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional;

f)^(sic) *Natureza normogenética*: os *princípios* são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

Outros critérios, tradicionalmente usados na distinção das espécies de norma, são colhidos e apresentados por Ávila (2005, p.31 et. seq.). São eles: i) critério do “caráter hipotético-condicional”; ii) “critério do modo final de aplicação”; e, iii) critério do “conflito normativo”.

Segundo Ávila, para alguns autores, “os princípios poderiam ser distinguidos das regras pelo caráter *hipotético-condicional*” isso em razão, de as regras possuírem “uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo *se, então*”; Assim, “os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para, futuramente, encontrar a regra aplicável ao caso concreto” (2005, p.31 et. seq.).

Esser definiu os princípios como normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado, enquanto, para ele, as regras determinam a própria decisão. Larenz definiu os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento. (ÁVILA, 2005, p.31 et. seq.).

Ávila (2005, p. 32 et. seq.), no entanto, tece críticas aos critérios tradicionais por ele mencionados. Iniciando pelo critério do “caráter hipotético-condicional”, alega, em síntese, que esse critério é impreciso pois afirma que os “princípios indicam um primeiro passo direcionador de outros passos para a obtenção ulterior da regra”; entretanto, tal critério não “fornece fundamentos que indiquem o que significa dar um primeiro passo para encontrar a regra”.

Acrescenta Ávila (2005, p. 32 et. seq.) na sua crítica: “em segundo lugar porque a existência de uma hipótese de incidência é questão de formulação lingüística e, por isso não pode ser elemento distintivo de uma espécie normativa”. E conclui: “mesmo que determinado dispositivo tenha sido formulado de modo hipotético pelo Poder Legislativo, isso não significa que não possa ser havido pelo intérprete como princípio”.

Quanto ao “critério do modo final de aplicação”, explica Ávila (2005, p. 35) que os “princípios poderiam ser distinguidos das regras” porque “as regras são aplicadas de modo absoluto *tudo ou nada*, ao passo que os princípios, de modo gradual *mais ou menos*”.

A afirmação acima transcrita decorre do critério clássico forte proposto para distinção entre regras e princípios e a crítica feita por Ávila (2005, p. 36) a este critério vem em forma de uma proposta de reformulação:

Inicialmente é preciso demonstrar que o modo de aplicação não está determinado pelo texto objeto de interpretação, mas é decorrente de conexões axiológicas que são construídas (ou no mínimo, coerentemente intensificadas) pelo intérprete, que pode inverter o modo de aplicação havido inicialmente como elementar. Com efeito, muitas vezes o caráter absoluto da regra é completamente modificado depois da consideração de todas as circunstâncias do caso. É só conferir alguns exemplos de normas que preliminarmente indicam um modo absoluto de aplicação mas que, com a consideração a todas as circunstâncias, terminam por exigir um processo complexo de ponderação de razões e contra-razões. De um lado, há normas cujo conteúdo normativo preliminar estabelece limites objetivos, cujo descumprimento aparenta impor, de modo absoluto, a implementação da consequência. Essa obrigação, dita absoluta, não impede, todavia, que outras razões contrárias venham a se sobrepor em determinados casos.

O critério do “conflito normativo”, por sua vez, oferece uma distinção a partir do conflito de normas, ou seja, as regras se separam dos princípios pelo “modo como funcionam em caso de conflito normativo, visto que, para eles, antinomia entre as regras consubstancia verdadeiro conflito”, e Ávila complementa: “a ser solucionado com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção”; pondera ainda “que o relacionamento entre os princípios consiste num imbrincamento, a ser decidido mediante uma ponderação que atribui uma dimensão de peso a cada um deles.” (ÁVILA, 2005, p. 42)

A crítica feita por Ávila (2005, p. 44) a este critério, justifica-se no fato de que “não é apropriado afirmar que a ponderação é método privativo de aplicação dos princípios, nem que os princípios possuem uma dimensão de peso”.

E explica:

A ponderação ou balanceamento (*weighing and balancing*, *Abwägung*), enquanto sopesamento de razões e contra-razões que culmina com a decisão de interpretação, também pode estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados, cuja aplicação é preliminarmente havida como automática (no caso de regras, consoante o critério aqui investigado), como se comprova mediante a análise de alguns exemplos. Em primeiro lugar a atividade de ponderação ocorre na hipótese de regras que abstratamente convivem, mas concretamente podem entrar em conflito. Costuma-se afirmar que quando duas regras entram em conflito, de duas, uma: ou se declara a invalidade de uma das regras, ou se abre uma exceção a uma das regras de modo a contornar a incompatibilidade entre elas. Em razão disso, sustenta-se que as regras entram em conflito no plano abstrato, e a solução desse conflito insere-se na problemática da validade das normas. Já quando dois princípios entram em conflito deve-se atribuir uma dimensão de peso maior a um deles. Por isso, assevera-se que os princípios entram em conflito no plano concreto, e a solução desse conflito insere-se na problemática da aplicação (ÁVILA, 2005, p. 44).

Vê-se, claramente, que todos os critérios até o momento apresentados pela doutrina com intuito de serem eficazes na diferenciação de regras e princípios são incompletos ou pecam por alguma deformidade que causam à estrutura da norma. Utilizando-se do termo introduzido por Alexy, os *standards*, embora se saiba sejam diferentes, ainda necessitam de um critério capaz de apontar suas diferenças.

3.5 FUNÇÃO

O que é função? Função não é apenas utilidade, é também serventia, atribuição, posição. Desse modo, não cabe apenas dizer sobre a finalidade dos princípios, mas também qual o papel que desempenham e a posição que ocupam dentro do ordenamento jurídico.

Guastini (2005, p. 199) fala em *usos dos princípios* e lista as funções que estes desempenham no ordenamento jurídico. Dessa forma, o desenvolvimento da questão deverá abarcar os diversos aspectos da função dos princípios para que se possa ter uma visão holística sobre o assunto.

Sobre a função dos princípios, adverte Prieto Sanchís (1992, p. 153) que se devem observar os seus diversos aspectos. Em um sentido mais tradicional,

deve ser entendida como objetivo, finalidade que busca o operador do direito ao invocar determinado princípio.

Em um segundo sentido, a função pode reportar-se ao resultado que se alcança quando da aplicação de determinado princípio. Finalizando, Prieto Sanchís afirma que o último aspecto a ser observado diz respeito à forma de raciocínio que permite e requer os princípios, ou ainda, no tipo de argumentos que se pode desenvolver quando da aplicação de determinado princípio.

Observados os aspectos da expressão função, Prieto Sanchís (1992, p. 154) aponta duas funções dos princípios: i) função explicativa, a qual possui a característica de transformar a linguagem do legislador, tanto por supor que determinado princípio serve de fundamento das leis de determinado setor do direito, como por presumir que devido ao seu caráter geral, várias regras correspondem ao princípio observado; e, ii) função normativa, em que os princípios devem ser sempre observados, pois como orientadores do sistema jurídico serão sempre aplicáveis. Assim, antes de decidir sobre a aplicação de uma ou outra norma para a resolução do caso concreto, deve o operador do Direito verificar as respostas formuladas pelos princípios.

Sobre a função dos princípios, Barroso (1993, p. 289) afirma que se distinguem três funções: i) a de “embasar as decisões políticas fundamentais tomadas pelo constituinte e expressar valores superiores que inspiraram a criação ou reorganização de um dado Estado”; ii) a de unificar o sistema normativo; e, iii) a de condicionar a atuação dos poderes públicos e a de pautar a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas vigentes.

Sobre a primeira função, corrobora Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 111), quando escreve que o “Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional [...]”. Reafirma a importante função dos princípios ao observar que:

Mesmo fora do âmbito dos princípios fundamentais, o valor da dignidade da pessoa humana foi objeto de previsão por parte do Constituinte, seja quando estabeleceu que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna (art. 170, *caput*), seja quando, no âmbito da ordem social, fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 6º), além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade (art. 227, *caput*)”. (2005, p. 111)

Quanto à segunda função dos princípios, registra Barroso (1993, p. 290) que “um documento político como a Constituição, fundado em compromissos entre correntes opostas de opinião, abriga normas, a primeira vista, contrárias”, logo concluindo que “compete aos princípios compatibilizá-las, integrando-as à harmonia do sistema”.

Já a terceira função, tem caráter marcadamente restritivo, quando nas palavras de Barroso (1993, p. 290), “dirigem-se os princípios ao Executivo, Legislativo e Judiciário, condicionando a atuação dos poderes públicos e pautando a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas vigentes”.

Norberto Bobbio (citado por PRIETO SANCHÍS, 1992, p. 155), distingue quatro categorias de funções dos princípios: i) a interpretativa; ii) a integrativa; iii) a diretiva; e, iv) a limitativa.

A função interpretativa se traduz na ajuda dos princípios na revelação do real sentido de um determinado dispositivo. A função integrativa permite a solução do caso concreto no caso de ausência de normas ou lacunas. A função diretiva permite aos princípios orientar a atividade do legislador e dos operadores do direito quando de uma decisão ou de imputar determinado conteúdo a uma norma. E, por fim, a função limitativa que estabelece as competências de determinado órgão ou restringe o âmbito de eficácia de uma norma.

Após a apresentação da teoria defendida por Bobbio, Prieto Sanchís (1992, p. 155) conclui afirmando que na verdade bem se poderiam reduzir as quatro funções apresentadas por Bobbio a duas: a primeira chamada pelo autor de função primária, aquela em que os princípios seriam chamados a disciplinar diretamente uma situação fática; e, a segunda, nominada de função secundária, em que os princípios permitem ou contribuem para dotar de sentido outra disposição normativa, limitando ou ampliando o sentido lingüístico, ou ainda anulando-o, se este for incompatível com o sentido do próprio princípio.

Como conclusão poder-se-iam apontar três importantes funções dos princípios: i) diretiva-limitativa; ii) interpretativa; e, iii) integrativa. Essas funções sintetizam a incidência dos princípios no ordenamento jurídico.

Muito embora norteadores da interpretação das normas aplicadas ao caso concreto, observa Dworkin (2002, p.48 et. seq.) que a maioria dos juízes

decidem baseando-se na política e não em princípios, ignorando, assim, a função primeira que exercem os princípios, ou seja, a de ser o alicerce do ordenamento jurídico.

Essa observação remete ao judiciário brasileiro, que na grande maioria das vezes, na falta de norma positivada, ou mesmo quando da existência dela, decide ignorando os princípios norteadores do ordenamento jurídico, caso notório ocorreu no julgamento de processo em que se discutia a contribuição de inativos (aposentados) e ainda o julgamento sobre cobrança de *Cofins* para sociedades prestadoras de serviços. Vê-se a invocação de princípios quando estes são realmente necessários para fundamentar decisões previamente tomadas, ou seja, após a decisão tomada, ir-se-á buscar a norma que a fundamente.

4 FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA

O Brasil, apesar de ser um país relativamente novo, teve até o presente momento sete Constituições (oito se considerada a Emenda Constitucional nº 1 de 1969). Poucas delas tratavam da ordem econômica *strictu sensu*, muitas misturavam a ordem econômica e a social, mas apenas duas estavam imbuídas do espírito da livre iniciativa com a intervenção mínima do Estado.

A primeira Constituição a trazer um título dedicado à ordem econômica e social foi a de 1934, sofrendo influência da Constituição de Weimar (1919) em maior escala e da Constituição mexicana (1917) e Constituição Republicana espanhola (1931) em menor escala.

A Constituição de 1934 foi elaborada segundo o pensamento pós-Primeira Grande Guerra e almejava racionalizar o poder, inclusive, criando um modelo novo de federalismo, denominado cooperativo.

O Título XII tratava da Ordem Econômica e Social, informando, no *caput* do art. 113²⁵, que a ordem econômica deveria ser organizada consoante os princípios da justiça e das necessidades da vida nacional, desde que assegurada a existência digna do homem. Garantia a propriedade privada, alertando que esta possuía função social; tratava da usucapião de terrenos rurais; proibia a usura; permitia a socialização de empresas econômicas quando resolvidas por lei federal; e previa a intervenção estatal na administração das empresas econômicas;

Já a carta de 1937, que teve como modelo a Constituição polonesa de 1935 e trouxe a ordem econômica destacada da ordem social, trazia principalmente, normas de direito do trabalho.

O *caput* do art. 135²⁶ da Constituição de 1937 afirmava que a intervenção do Estado no domínio econômico somente dar-se-ia em caso de ineficiência da iniciativa individual, todavia não garantia a liberdade econômica²⁷.

²⁵ Art 115- A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica. (POLETTI, 2001, p. 105)

²⁶ Art 135- Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado.

A Constituição de 1946 teve como modelo a Constituição de 1934 e dedicou o Título V à Ordem Econômica e Social, organizando aquela conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano²⁸. Coibia, também, o abuso de poder econômico, contudo autorizava em seu art. 146²⁹ o Estado a intervir e monopolizar determinada indústria ou atividade.

Promulgada em janeiro, a Constituição de 1967 entraria em vigor apenas em março daquele ano. Essa carta constitucional teve um total de 27 emendas. A emenda mais importante foi a Emenda nº 1, que alterou também o Título III da Constituição, destinado à Ordem Econômica e Social.

Essa Constituição, que entrou em vigor após o golpe de 1964 e possuía a tendência militar de gestão estatal, trazia no art. 157³⁰ os princípios norteadores da ordem econômica de forma sistematizada. Tal artigo foi modificado pela Emenda Constituição nº 1, passando, então, a ser o art. 160³¹.

Aclamada como a “alma do povo brasileiro”, a Constituição de 1988 chega despida de ideologias, misturando tendências liberais e socialistas, importando-se mais com o bem-estar da nação e querendo o crescimento do país em todas as áreas. Não só na econômica, mas também na social e política.

Embora tenha recebido várias críticas, a carta de 1988 foi saudada por muitos como uma obra-prima, uma perfeição. Para alguns políticos, entretanto, e até para o Presidente à época de sua entrada em vigência, ela foi considerada

A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta. (PORTO, 2001, p. 104)

²⁷ Para estudo aprofundado ver: NICZ, 1981, p. 73 et. seq.

²⁸ Art 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. (BALEIRO; SOBRINHO, 2001, p. 103)

²⁹ Art 146 - A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição. (Ibid., p. 103)

³⁰ Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa; II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III - função social da propriedade; IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; V - desenvolvimento econômico; VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. (BRASIL, 1967)

³¹ Art 160 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa; II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III - função social da propriedade; IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros; VI - expansão das oportunidades de emprego produtivo. (Id., 2001, p. 80)

extensa, pesada, que tratava de assuntos que nada tinham com a questão constitucional, sendo taxada de empecilho à governabilidade do país.

No entanto, a Constituição seguiu os parâmetros de tamanho das demais Constituições brasileiras, que em média possuíam 200 artigos. As críticas iniciais refletiam um temor pelo novo, que se transformou em uma chuva de emendas constitucionais que hoje somam 53, em 18 anos de existência da carta de 1988.

Especificamente na ordem econômica, a Constituição de 1988 consagra uma economia de natureza capitalista quando elege o princípio da liberdade de iniciativa como fundamento. Para A. Silva (2001, p. 764), porém, a Constituição consagra também princípios sociais pois “embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado.”

Denota-se que a Constituição de 1988 é marco importante na evolução da história constitucional brasileira, inclusive por adicionar conceitos antes não permitidos. Um exemplo disso é o princípio da soberania inserido no inciso I do art. 170. Não há simples repetição do art. 1º, vê-se claramente que está a se tratar, ali, de soberania econômica, conceito que guarda afeto com o Direito Econômico e com a Economia. Aliás, o tema recorrente de tal princípio é a independência econômica do país no âmbito internacional.

Outro princípio que merece destaque é o expresso no inc. VII do art. 170, que trata da redução das desigualdades sociais e regionais. Este princípio revela um objetivo recorrente no texto constitucional, visto também estar inserido no inciso III do art. 1º, com reflexos na seguridade social, orçamentos regionais e sistema tributário. Seria ele um guia a dirigir as ações do Estado para atingir uma finalidade específica já expressa no próprio texto do princípio.

É essencial, portanto, recordar os fundamentos e princípios da ordem econômica para o entendimento da dinâmica constitucional. Para esse trabalho, a importância se encontra no fato de que o princípio da preservação da empresa se liga de modo íntimo a cada um deles.

Antes de iniciar este capítulo, entretanto, faz-se necessário esclarecer que não há hierarquia entre princípios e se a alguns se dedicam mais páginas (ou parágrafo específico) que a outros, isso se dá em razão da produção doutrinária disponível, ou até pelo excesso de produção doutrinária a respeito.

4.1 FUNDAMENTOS DA ORDEM ECONÔMICA

4.1.1 A valorização do trabalho humano

A valorização do trabalho humano já foi tratada como princípio pela Constituição de 1967 e pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969³². Nesses textos constitucionais, a valorização do trabalho humano estava diretamente ligada ao atingimento da dignidade da pessoa humana.

A estruturação dos princípios na Constituição de 1988 deu especial destaque ao princípio da dignidade da pessoa humana elevando-o a um status que a doutrina passou a chamar de *superprincípio*³³, tendo em vista que a todo o momento passou a ser invocado como solução de conflitos. Já o princípio da valorização do trabalho humano, embora transmudado para *fundamento da República*, no art. 1º, *fundamento da ordem econômica*, no art. 170, e *fundamento da ordem social* no art. 193, teve sua relevância levemente ofuscada.

Esse fenômeno deu-se, principalmente, pelo fato de o trabalho ter deixado de ser *valorizado* para ser, simplesmente, *valorado*, ou seja, passou a ter sua importância traduzida por cifras. “O trabalho que hoje conhecemos é, em essência, uma atividade finalística e violenta³⁴, geradora de valores de uso, que transcendeu os limites da individualidade e passou a atingir a coletividade”. (SILVA, P., 2003, p. 26)

Não se pode desconsiderar, todavia, que o trabalho humano não é apenas fator de produção, é muito mais que isso, diz respeito mesmo à dignidade da

³² “Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;” (...) (Id., 2007); “Art 160 - A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;” (...) (Id., 1999, p. 80)

³³ Termo utilizado por Rubens Miranda de Carvalho no artigo “Dignidade humana, o super-princípio constitucional”. *In* VELLOSO; ROSAS; AMARAL, 2005.

³⁴ Para Paulo Henrique Tavares da Silva “o trabalho, a princípio voltado para o domínio da natureza (daí sua agressividade, diversa da integração que é vivenciada pelo labor), é deturpado para dominar o próprio homem. Hodiernamente residente na base de nosso sistema econômico, na condição de componente fundamental, foi ele subordinado aos interesses do capital, transpondo suas características para os demais espaços societários, particularmente, o *político* e o *jurídico*.” (2003, p. 26)

pessoa humana.³⁵ Assim, conclui-se que valorizar o trabalho da pessoa equivale a valorizar a própria pessoa humana.

Apesar de estruturada sob a forma contratual, a relação laboral não pode ser examinada sob uma ótica meramente patrimonialista; seu conteúdo amplo deverá deixar vir à tona o aspecto humanitário que caracteriza tais relações.

A inclusão do princípio da valorização do trabalho humano na Constituição da República de 1988 revela que a Constituição estabelece a primazia do trabalho humano sobre o capital e os demais valores da economia de mercado.

Disso resulta que a atividade estatal deve ser orientada à proteção de tal prioridade e à promoção, em um sentido amplo, dos valores sociais do trabalho. Tal consiste em fundamento não só da ordem econômica como da própria República Federativa do Brasil, conforme o art. 1º, IV, da Constituição. Além disso, de acordo com Cretella Júnior, constitui a valorização do trabalho humano pressuposto necessário também à promoção da dignidade humana e à geração de oportunidades de emprego. (JUNKES, 2006)

A verdade salta aos olhos quando se analisa o lado econômico do trabalho humano, pelo fato de ser o combustível que movimenta a economia. Sem trabalho não há dinheiro e sem dinheiro não há economia. Visto assim, não há porque produzir se não houver pessoas com capacidade para adquirir a produção. Pessoas sem trabalho (digno)³⁶ são indivíduos desvalorizados por si e pela sociedade.

“Por meio deste fundamento constitucional emerge a relevância jurídica da condição de sujeitos socialmente sob proteção, pois o Estado há de se fazer mais presente” devendo buscar a supressão dos “fatores de inferioridade na composição dos equilíbrios sociais.” (PETTER, 2005, p. 154)

³⁵ Sobre isso já tratavam diversas Encíclicas Papais, entre elas: *Rerum novarum*, “O século passado destruiu, sem as substituir por alguma coisa, as corporações antigas, que eram para eles [trabalhadores] uma proteção; os princípios e o sentimento religioso desapareceram das leis e das instituições públicas, e assim, pouco a pouco, os trabalhadores, isolados e sem defesa, têm-se visto, com o decorrer do tempo, entregues à mercê de senhores desumanos e à cobiça duma concorrência desenfreada.” (VATICANO, 1991, § 7, p. 7); e *Quadragesimo anno*, “...é inteiramente falso atribuir, ou só ao capital ou só ao trabalho, o produto do concurso de ambos; e é injustíssimo que um deles, negando a eficácia do outro, se arrogue a si todos os frutos”. (Id., 1945, § 53, p.22)

³⁶ Cabe, aqui, a seguinte ressalva: “Destarte, como ponto de partida tome-se a noção de que valorizar o trabalho humano diz respeito a todas as situações em que haja *mais trabalho*, entenda-se, mais postos de trabalho, mais oferta de trabalho, mas também àquelas situações onde haja *melhor trabalho*, nesta expressão se acomodando todas as alterações fáticas que repercutam positivamente na própria pessoa do trabalhador (e.g., o trabalho exercido com mais satisfação, com menos riscos, com mais criatividade, com mais liberdade etc.)”. (PETTER, 2005, p. 154)

A atenção ao direito que cada ser humano tem de ter um trabalho digno deve ser maior que a atenção que se volta ao direito do trabalho. Há uma diferença singela, mas que se mostra crucial. Não há como impor regras à relação de trabalho se não houver postos de trabalho.

Outro ponto primordial na análise da valorização do trabalho humano é o ponto de tensão marcado pelo binômio empregado-empregador. Certo é que a condição dos trabalhadores frente à empresa³⁷ deve ser motivo de regulação estatal, já que, como afirma Petter (2005, p. 155) “quando se vive num contexto de desemprego recrudescente o fator trabalho é mais facilmente vilipendiado, ficando cada vez mais sujeito ao livre arbítrio do empregador”.

Entretanto, não se pode olvidar que “até os próprios trabalhadores, quando concentram muito poder, tendem a conspirar contra a liberdade de trabalho, desvalorizando-a”.³⁸ (PETTER, 2005, p. 156).

A busca deve ser sempre pelo equilíbrio. Porém, harmonizar forças, que desde há muito são enformadas como antagônicas³⁹, não é tarefa fácil, tampouco tranqüila, visto que põe-se o dedo na ferida de ideologias que subsistem da eterna luta de classes⁴⁰.

A resposta está longe de ser obtida, contudo, vislumbres podem ser vistos se todos os homens apurarem suas visões. Não há mais espaço para luta, para a ganância, assim como não há mais espaço para o isolamento. A conciliação entre todas as forças traria a paz tão almejada entre capital e trabalho. No entanto,

³⁷ Empresa no sentido de atividade econômica organizada para produção de bens e de serviços.

³⁸ Petter recorda fato ocorrido entre os trabalhadores portuários. Diz ele: “lembre-mo-nos do exemplo dos serviços portuários, que ficaram organizados de tal forma que os trabalhadores já empregados, dada a concentração de poder que possuíam, chegavam a praticamente determinar as decisões da empresa no tocante à contratação de novos empregados e ao comportamento da mesma no mercado”. (Ibid., p. 156)

³⁹ Já na Carta Encíclica *Rerum Novarum*, a questão é posta de maneira incisiva: “o erro capital na questão presente é crer que as duas classes são inimigas natas uma da outra, como se a natureza tivesse armado os ricos e os pobres para se combaterem mutuamente num duelo obstinado. Isto é uma aberração tal, que é necessário colocar a verdade numa doutrina contrariamente oposta, porque, assim como no corpo humano os membros, apesar da sua diversidade, se adaptam maravilhosamente uns aos outros, de modo que formam um todo exatamente proporcionado e que se poderá chamar simétrico, assim também, na sociedade as duas classes estão destinadas pela natureza a unirem-se harmoniosamente e a conservarem-se mutuamente em perfeito equilíbrio. Elas tem imperiosa necessidade uma da outra: não pode haver capital sem trabalho, nem trabalho sem capital.” (1991, p. 19)

⁴⁰ “A história de todas as sociedades que existiram até nossos dias tem sido a história das lutas das classes. Homem livre e escravo, patrício e plebeu, senhor e servo, mestre de corporação e oficial, numa palavra, opressores e oprimidos, em constante oposição, têm vivido numa guerra ininterrupta, ora franca, ora disfarçada, uma guerra que termina sempre, ou por uma transformação evolucionária da sociedade inteira, ou pela destruição das suas classes em luta.” (MARX; ENGELS, 1997, p.9)

isso, sabe-se, é um objetivo utópico que merece ser mais bem trabalhado e reeditado nos moldes da atual sociedade.

Tenha-se em mente que hoje em dia a empresa possui fundamental importância pois movida pelas mãos de seus diversos trabalhadores. Extinguir, embargar ou qualquer outra medida que obste o funcionamento de uma empresa (e aqui fique claro, empresa viável economicamente) gera conseqüências sociais. É justamente a análise desse impacto social que importa ao presente trabalho.

4.1.2 A livre iniciativa (e a liberdade de iniciativa econômica)

Historicamente, a liberdade de iniciativa foi uma reação à opressão sofrida pelos agentes econômicos. Tanto senhores feudais quanto o próprio mercantilismo exerciam sobre as pessoas um poder de vida e morte nas relações comerciais.

As corporações de ofício rejeitavam qualquer comerciante/artesão que não fizesse parte de seus quadros, chegando muitas vezes a atitudes extremas como a queima das mercadorias do excluído. Comerciar era tido como um privilégio para poucos e não como o direito de qualquer um. Além do comércio corporativo, havia, ainda, barreiras alfandegárias, impostas por políticas públicas visando a proteger mercados e produtos internos, muitas vezes entre regiões de um mesmo país.

O triunfo da liberdade sobre o privilégio foi a edição da Lei *Le Chapelier* em 1791, que extinguiu as corporações de ofício implantando a liberdade de comércio e indústria.

Sob a ótica econômica, a livre iniciativa⁴¹ apresenta-se em dois momentos⁴² na Constituição: no artigo 170, *caput* (como fundamento)⁴³ e no parágrafo único (como princípio).

⁴¹ Para um relato aprofundado da livre iniciativa nas Constituições brasileiras ver: NICZ, 1981.

⁴² A referência a que faz o artigo 1º, diz sobre os *valores sociais* da livre iniciativa como fundamento da República. O princípio propriamente dito está disposto no Art. 170, § único da Constituição de 1988. Nesse sentido ver: GRAU, 2002, p. 243, item 98; e TAVARES, 2006, p. 238 et. seq.

⁴³ Werter Faria (1990, p. 103) observa que “Não há necessidade de lei que defina o conteúdo do princípio fundamental da livre iniciativa como valor social (art. 1, IV) e do princípio geral da atividade econômica baseada na livre concorrência (art. 170, IV). Os dois princípios são normas diretamente

Como fundamento da ordem econômica, a livre iniciativa seria o direito de todos de se arriscar no mercado de produção de bens e de serviços ou, nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990-1995, p. 3), a liberdade de iniciativa “deflui de direitos individuais consagrados no art. 5º da Constituição. De fato, decorre por um lado da liberdade de trabalho (...art. 5º, XIII) e concerne intimamente à liberdade de associação (...art. 5º, XVII).” Ou ainda, nas palavras de J. Silva (2007, p. 710), “a liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou a liberdade de empresa e a liberdade de contrato.”

Nesse mesmo sentido, Nicz (1981, p. 138), ao tratar da essência da *liberdade de iniciativa*, afirma que ela está, também, inserida “nos direitos individuais consagrados na Constituição, quanto à liberdade de trabalho conjugada com a liberdade de associação”.

Contextualizando a livre iniciativa, Ferreira Filho (1990-1995, p.3) escreve que

A consagração da liberdade de iniciativa, como primeira das bases da ordem econômica e social, significa que é através da atividade socialmente útil a que se dedicam livremente os indivíduos, segundo suas inclinações, que se procurará a realização da justiça social e, portanto, do bem-estar social. Como reflexo da liberdade humana, a liberdade de iniciativa mereceu acolhida nas encíclicas papais de caráter social, inclusive na mencionada, *Mater et Magistra*, de João XXIII. Esta, textualmente, afirma que “no campo econômico, a parte principal compete à iniciativa privada dos cidadãos, quer ajam em particular, quer associados de diferentes maneiras a outros” (2ª Parte, n. I). Daí decorre que ao Estado cabe na ordem econômica posição secundária, conquanto importante, já que sua ação deve reger-se pelo princípio da subsidiariedade. E deve ser tal que “não reprima a liberdade de iniciativa particular mas antes a aumente para a garantia e proteção dos direitos essenciais de cada indivíduo”.

Nesse *iter*, vale ressaltar que *livre iniciativa* “é termo de conceito extremamente amplo” e que configura “desdobramento da *liberdade*”⁴⁴ e que a “*livre*

aplicáveis, ou, por outras palavras, não reclamam desenvolvimento ou complementação mediante lei. Qualquer litígio em que colidam a liberdade de iniciativa econômica privada e o intervencionismo, ou em que se antagonizem a livre concorrência e a oclusão de algum mercado pela ação do poder público, resolve-se pelo que estabelece o princípio fundamental da Constituição e pelo princípio geral da competição econômica.”

⁴⁴ Neste sentido, afirma Grau que “considerada a perspectiva substancial, tanto como resistência ao poder, quanto como reivindicação por melhores condições de vida (liberdade individual e liberdade social e econômica), descrevo a liberdade como *sensibilidade* e *acessibilidade* a alternativas de conduta e de resultado. Pois não pode entender como livre aquele que nem ao menos sabe sua possibilidade de reivindicar alternativas de conduta e de comportamento – aí a *sensibilidade*; e não se pode chamar livre, também aquele ao qual tal acesso é sonogado – aí a *acessibilidade*. Examinada, por outro lado, desde a perspectiva institucional, teremos que o traço constitutivo e diferencial da liberdade, modernamente – afirma Umberto Cerroni – é o seu caráter jurídico. Existem como tais, as

iniciativa não se resume, aí, a ‘princípio básico do liberalismo econômico’ ou à ‘liberdade de desenvolvimento da empresa’ apenas – à liberdade *única* do comércio, pois.”

Para alguns, como J. Silva (2007, p. 710), a liberdade de iniciativa é princípio básico do liberalismo econômico, já outros, como GRAU (2002, p. 243), afirmam que o princípio não é somente uma afirmação do capitalismo.

Tavares (2006, p. 239) explica que “a liberdade de iniciativa garantida constitucionalmente não se restringe à liberdade de iniciativa econômica, sendo esta apenas uma de suas dimensões.” No mesmo sentido, Grau (2002, p. 245) sustenta que “uma das faces da livre iniciativa se expõe, ninguém o contesta, como liberdade econômica, ou liberdade de iniciativa econômica, cujo titular é a empresa”.⁴⁵

Já Miguel Reale (1988, p. A-3), tratando da inconstitucionalidade de congelamentos, escreveu em artigo à Folha de São Paulo que a liberdade de iniciativa

Não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio da livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados artigos 1º e 170.

Não se pode olvidar, entretanto, que aliado à questão das liberdades há também o desenvolvimento, o qual transforma o Estado, dando-lhe a soberania econômica. A questão se amplia porque quando se incentiva a livre iniciativa está se incentivando também o desenvolvimento econômico, promovendo a soberania

liberdades, mundanizadas e laicizadas, enquanto objeto de reconhecimento jurídico e sistematização positiva. Vale dizer: o perfil da liberdade – ou os perfis das liberdades, que ela se decompõe em inúmeras espécies: liberdade política, econômica, intelectual, artística, de ensino, de palavra, de ação, etc. – é o definido pela ordem jurídica. Ente nós, no plano da Constituição de 1988, a liberdade é consagrada, principiologicamente, como fundamento da República Federativa do Brasil e como fundamento da ordem econômica. Ao princípio dá concreção, a própria Constituição, nas regras (normas) inscritas, v.g., no seu art. 5º - incisos II, VI, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XX – e 206, II. Vê-se para logo, destarte, que se não pode reduzir a *livre iniciativa*, qual consagrada no art. 1º, IV do texto constitucional, meramente à feição que assume como *liberdade econômica* ou *liberdade de iniciativa econômica*.” (2002, p. 243 et. seq.)

⁴⁵ Pinto Ferreira, entendia ser o parágrafo único do art. 170 uma repetição desnecessária da regra do art. 5º, inciso XIII. (1994, p. 248)

(econômica) e com isso diminuindo as desigualdades sociais. Tudo isso gera crescimento.

Por isso, o pensamento de Francisco dos Santos Amaral Neto (1986, p. 229) aqui se encaixa, pois para ele, a liberdade de iniciativa econômica é um *quid pluris* que

Não se reduz à soma de outras liberdades, não se exaure no exercício do direito de propriedade da liberdade contratual. É um poder de utilização de faculdades jurídicas, reconhecido tanto à pessoa natural quanto à jurídica, e, neste caso, manifesta-se principalmente na atividade coletiva da empresa, de acordo com o tipo societário escolhido. O princípio da liberdade de iniciativa econômica é, por isso, a marca e o aspecto dinâmico do modo de produção capitalista, apresentando-se como a fonte axiológica da liberdade do cidadão perante o Estado e perante os demais cidadãos.

Como liberdade, a livre iniciativa sofre limitação, porém tal limitação ocorrerá, principalmente, para a garantia de sua própria existência. Assim, a tutela e a intervenção estatal ocorrerão em casos de concentração de poder econômico, que é um defeito do mercado que atinge diretamente a liberdade de iniciativa. Nesse contexto, Nicz (1981, p. 138):

A liberdade de iniciativa traduzida na Constituição não é, todavia, ilimitada, o que vem ensejar a ação subsidiária do Estado no domínio econômico quando inexistir a iniciativa privada, ou ainda, quando esta for omissa ou insuficiente para atender aos anseios sociais.

Conforme visto, a questão não se exaure em si mesma, por ser extremamente complexa e possuir raízes em disciplinas outras, que não o Direito. Por isso a fertilidade do tema. Não há como tratar a liberdade de iniciativa de maneira isolada dos demais princípios da ordem econômica, sem perder em qualidade e abrangência.

Concluindo, resta a observação de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2006, p. 466):

(...) a liberdade de iniciativa privada constitui princípio constitucional denso em normatividade, de cujo regime jurídico podem-se extrair ao menos dois enunciados: - faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado. Veja-se, no ponto, que mesmo o Estado, quando exerce a livre iniciativa, sujeita-se ao regime "próprio das empresas privadas" (CF, art. 173, §1º, II), de tal modo que a iniciativa pública constitui espécie e não exceção ao gênero, conquanto esteja sujeita a diversas restrições (...); - não-sujeição, a qualquer restrição estatal, senão em virtude de lei. Digno de nota que a ilação encontra reprodução textual no parágrafo único do art.

170, que afirma que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Inferindo o já dito pela doutrina, liberdade de iniciativa, na Constituição de 1988, é a somatória das liberdades: de trabalho, de empreender, de comerciar, de se associar e de contratar. Tais liberdades somadas seriam limitadas na ocorrência de defeitos no mercado, como por exemplo, a concentração de poder econômico. Diga-se também que os defeitos do mercado produzem compressão nos pequenos empreendedores, causando assim um tipo de limitação que é extremamente maléfica ao exercício do direito que se quer garantir; o direito de participar do mercado e concorrer com outras empresas ali estabelecidas.

4.2 PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA

4.2.1 A livre concorrência

Com estreita ligação com o direito do consumidor e a livre iniciativa, a livre concorrência⁴⁶ é princípio muito retratado pela doutrina, visto ser de grande interesse para a manutenção de uma economia saudável.

A livre concorrência, tal qual a livre iniciativa, é um dos fundamentos de qualquer sistema capitalista⁴⁷, todavia, é também um fenômeno complexo, que

⁴⁶ Para um aprofundamento na matéria ver: FARIA, 1990.

⁴⁷ Isabel Vaz trata da livre concorrência no sistema socialista, diz ela: ‘A concorrência não se exerce apenas em um sistema de economia de mercado, segundo Cottely: “*tampoco el sistema socialista (comunista) puede prescindir de la competencia*”. Para o funcionamento da concorrência nas economias socialistas, foi criada uma semântica especial, a *concorrência socialista*, que, nas palavras do autor citado, “*no es otra cosa que la competencia controlada por normas de planificación*”. Na opinião de Cottely, quanto mais o sistema econômico se descentraliza, tanto mais se assemelha a concorrência socialista à do sistema capitalista. Teoricamente, a assertiva está correta e o tempo demonstraria a introdução de técnicas de mercado nas economias de tipo socialista, assim como certas formas de controle oficial nos países de economia de mercado. Mas nas décadas de sessenta e setenta, as tentativas de flexibilizar as diretrizes dos planos, de descentralizar a gestão de empresas e até de reabilitar o lucro não produziram, nas economias socialistas, os resultados esperados”. (1993, p. 38)

tem na liberdade⁴⁸ um de seus pressupostos fundamentais e pressupõe a existência de inúmeros competidores (empresas) em situação de igualdade.

A doutrina se propôs a conceituar concorrência vez que a Constituição de 1988 foi omissa nesse feito. Faria (1990, p. 109), observando tal fato, explica que

A escola econômica clássica torna a palavra concorrência sinônima de liberdade, e atribui à expressão “livre concorrência” o sentido de forma de mercado contrária à corporativa, que a antecedeu. Não obstante provir dessa escola a expressão “livre concorrência”, integrada no novo texto constitucional, é evidente que se emprega num sistema econômico diferente do herdado pela Revolução Francesa, no qual tinha sentido de liberdade de iniciativa econômica.

O Direito, portanto, usa a definição dada pela Economia⁴⁹ para o vocábulo concorrência e ali agrega outros conceitos para definir o que vem a ser livre concorrência. Utilizando-se de conceitos interdisciplinares, Werter Faria (1990, p. 108) afirma que “a liberdade de concorrência é relativa ao direito [liberdade] de praticar o jogo econômico com os demais empresários que desempenham suas atividades no mercado, sem que estes ponham entraves à competição.”

Nesse sentido, a livre concorrência produz um campo lúdico que resulta no ganho ou perda da clientela. Cada empresário ou agente econômico toma para si a parte que lhe cabe, consoante suas qualidades (produtos ou serviços) sejam melhores que as de seus concorrentes.

Isabel Vaz (1993, p. 27) acresce à definição conceitos referentes ao produto e mercado e diz que

⁴⁸ A liberdade tem função específica em tal fenômeno: “para que os agentes façam o melhor uso de sua capacidade intelectual e organizem da melhor maneira possível os fatores de produção de bens ou de prestação de serviços, de modo a obter produtos de boa qualidade e a oferecê-los no mercado a preços atraentes”. (VAZ, 1993, p. 38)

⁴⁹ No Novíssimo Dicionário de Economia a definição de concorrência assim vem descrita: “Situação do regime de iniciativa privada em que as empresas competem entre si, sem que nenhuma delas goze da supremacia em virtude de privilégios jurídicos, força econômica ou posse exclusiva de certos recursos. Nessas condições, os preços de mercado formam-se perfeitamente segundo a correção entre a oferta e a procura, sem interferência predominante de compradores ou vendedores isolados. Os capitais podem, então, circular livremente entre os vários ramos e setores, transferindo-se dos menos rentáveis para os mais rentáveis em uma conjectura econômica. De acordo com a doutrina liberal, propugnada por Adam Smith e pelos economistas neoclássicos, a livre concorrência entre capitalistas constitui a situação ideal para a distribuição mais eficaz dos bens entre as empresas e os consumidores. Com o surgimento de monopólios e oligopólios, a livre concorrência desaparece, substituída pela concorrência controlada e imperfeita.” (SANDRONI, 1989, p. 118)

A noção tradicional de concorrência pressupõe uma ação desenvolvida por um grande número de competidores, atuando livremente no mercado de um mesmo produto, de maneira que a oferta e a procura provenham de compradores ou de vendedores cuja igualdade de condições impeça de influir, de modo permanente ou duradouro, nos preços dos bens e serviços.

Tendo por ponto de partida a noção tradicional, Petter (2005, p. 222) apresenta a situação ideal de concorrência e sobre tal situação “perfeita” escreve⁵⁰:

A “concorrência perfeita” corresponde ao modelo onde são muitos os vendedores e muitos os compradores e, isoladamente, nenhum deles tem poder suficiente para dominar o mercado. Neste mercado ideal, os compradores estão cientes das opções e podem exercê-las livremente. Um mercado pulverizado, a substitutibilidade dos produtos e a liberdade de iniciativa econômica para o ingresso neste mercado são suas mais importantes características. Porém, à idealização desta descrição opõe-se a realidade da vida, rica em exemplificar casos de monopólio, de oligopólios e de concentrações de empresas, somado ao fato de que os produtos, em muitos casos, são apenas parcialmente substituíveis, o que nos reconduz ao mercado real, onde impera a “concorrência imperfeita” ou mesmo a ausência de qualquer ambiente concorrencial.

A concorrência perfeita como acima exposto, possui condições de verificação e Vaz (1993, p. 28) amparada em Raymond Barre, aponta cinco aspectos desse tipo de concorrência ideal:

- a) “A atômidade do mercado” – Tanto do lado da oferta quanto da procura, existe um grande número de unidades econômicas e nenhuma delas dispõe, sobre o mercado, de uma dimensão ou de uma potência suficiente para exercer uma ação qualquer sobre a produção e o preço da indústria considerada;
- b) “A homogeneidade do produto” – Na indústria, todas as firmas entregam produtos que os compradores julgam idênticos ou homogêneos; eles não têm razão de preferir o produto de uma ao de outra firma;

⁵⁰ Ainda sobre a instrumentalidade do princípio constitucional econômico da livre concorrência, Petter afirma que este possui um “caráter instrumental, pois a concorrência não constitui um fim em si mesma. Entretanto, detectada sua presença numa dada realidade, dali se extraem consequências importantes: o preço dos produtos e serviços corresponderá ao estipulado pelo livre jogo das forças do mercado no justo equilíbrio entre a procura e a oferta, com significativos benefícios, no mais das vezes, para os consumidores e para a coletividade em geral. O papel reservado ao poder público, neste particular, é o de fomentar a livre concorrência. [Com isso, o poder público, poderá tornar certo que não haverá abuso do poder econômico e assim garantir a estabilidade do mercado.] Por outro lado, há de se ter em conta que o poder econômico não é apenas um elemento da realidade. É mesmo um dado constitucionalmente institucionalizado, normatizado, *normalizado*. Mas se a *livre concorrência* constitui princípio conformador da atividade econômica (CF, art. 170, IV), esclarece o § 4º do art. 173 que a lei reprimirá o *abuso do poder econômico* que vise à eliminação da concorrência, a dominação dos mercados e ao aumento arbitrário dos lucros. Historicamente, em sede constitucional, a referência ao abuso do poder econômico com vistas à eliminação da concorrência ocorreu, pela primeira vez, na Constituição de 1946, em seu artigo 148, com a utilização de um conceito aberto, o que foi revisto posteriormente na Constituição de 1967, em seu artigo 157, em linguagem já próxima da consagrada no atual texto.”

- c) “A livre entrada na indústria” – Qualquer pessoa que queira entregar-se a uma certa produção pode fazê-lo se restrição de prazo. As firmas que compõem a indústria não podem opor-se à entrada de concorrentes; estes podem facilmente obter os fatores de produção que lhes são necessários;
- d) “A transparência do mercado” - Todos os participantes no mercado têm um conhecimento completo de todos os fatores significativos do mercado;
- e) Existe, de indústria a indústria, uma “perfeita mobilidade dos fatores” de produção.

A partir disso, resta claro que sem uma concorrência saudável (livre) não há falar de economia de livre mercado, tampouco em sistema capitalista, ou em Estado liberal. Assim, nota-se que a livre concorrência é condição *sine qua non* de coexistência e de existência de diversas empresas no mercado. A prevenção dos defeitos do mercado e a proteção dada a essas empresas são objetivos de destaque do Direito Antitruste. Nesse campo, a aplicação do direito deve ser pautada na manutenção da empresa no mercado e na correção dos vícios identificados.

4.2.2 A busca do pleno emprego

O princípio da busca do pleno emprego se conecta diretamente à valorização do trabalho humano e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

É certo que cabe ao Estado fomentar as ofertas de emprego para que a força de trabalho ociosa seja devidamente aproveitada pelo mercado. Para a obtenção de resultados, o Estado se alia ao setor privado. Não há como o Estado absorver toda a mão-de-obra disponível sem gerar um desequilíbrio orçamentário, o que significaria mais ônus ao cidadão.

Nessa busca pelo equilíbrio, o princípio da busca do pleno emprego (assim como o da valorização do trabalho humano) é tido como princípio de integração, ou seja, aquele voltado à solução das desigualdades regionais e sociais.

Já em termos econômicos, a inserção do princípio da busca do pleno emprego mostra uma postura política voltada para a matéria social e não mais ao capitalismo e ao liberalismo clássicos, Tavares (2006, p. 209) observa que

Ao falar da busca do pleno emprego, voltada para a existência de postos de trabalho para todos, e do direito ao salário desemprego, a *contrario sensu*, a Constituição reconhece que as estruturas econômicas admitidas podem ter

como resultado o desemprego⁵¹, impondo-se a intervenção do Estado no sentido de minimizar essa ocorrência.

Minimizar o desemprego é tarefa do Estado que para tanto deverá adotar políticas que tenham por objetivo o crescimento do país e a valorização do trabalho. Não há como querer que o Estado empregue a todos, mas há como exigir que adotem medidas para reduzir a desigualdade de oportunidade.

Mais uma vez, note-se, há uma mistura sistematizada dos princípios da ordem econômica. Eles estão em constante troca, sem, entretanto, perderem o contato. Conforme se verá a seguir, o tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas, é também orientado pelo princípio ora estudado.

4.2.3 Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte

Para melhor compreensão, é importante saber que a micro-empresa é resultado de políticas de desburocratização ocorridas no fim da década de 1970 que tiveram por objetivo fomentar a atividade de pequenos agentes econômicos, tão necessários à economia, contudo tão desprezados pela política econômica da época.

Tal política de desburocratização resultou na inclusão do princípio que prevê tratamento diferenciado para micro e pequenas empresas. Respalhada nos objetivos traçados pela Constituição de 1988, dentre eles a igualdade e a liberdade (em sentido amplo), a proteção foi elevada a nível constitucional, embora faticamente tais agentes econômicos ainda careçam de políticas econômicas efetivas que os apoiem financeiramente.

Muitos são os desafios enfrentados pelas empresas de pequenas dimensões, a começar pelos índices de produtividade que normalmente são baixos em razão da incapacidade dessas empresas em aproveitar economias de escala⁵²,

⁵¹ Sobre desemprego, desemprego estrutural ver: PASTORE, 1997; FINATI, 1996, p. 35; MOURA, 1998; MAJNONI D'INTIGNANO, 1999.

⁵² "Produção de bens em larga escala, com vistas a uma considerável redução nos custos. Também chamadas de economias internas, as economias de escala resultam da racionalização intensiva da atividade produtiva, graças ao empenho sistemático de novos engenhos tecnológicos e de processos avançados de automação, organização e especialização do trabalho. Representada fisicamente por gigantescas unidades de produção, as economias de escala possibilitam o emprego de amplo

visto terem seus custos médios muito elevados se comparados aos das grandes empresas; também o acesso ao crédito é mais difícil, vez que são enquadradas em um grupo de risco pelas instituições financeiras, o que acarreta maiores taxas de juros.

Nessa visão, o objetivo precípua da Constituição ao incluir proteção às empresas de pequenas dimensões, é promover o desenvolvimento econômico nacional beneficiando-as com a “simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.” (BRASIL, 2007, p. 167)

A redação dada ao inciso IX, do art. 170⁵³ até poderia deixar dúvidas ao incauto buscador, pois se refere às empresas de pequeno porte, não citando expressamente as micro-empresas. No entanto, há que se verificar o artigo 179⁵⁴ da Constituição para que a dúvida se espraie. Refere-se o inciso IX ao tamanho das empresas e não à qualificação dada pela lei.

O objetivo de dar tratamento especial às micro e pequenas empresas possui fundamento na própria sociedade e se liga de forma única ao princípio da valorização do trabalho humano e da busca do pleno emprego. São as micro e pequenas empresas as maiores responsáveis pela contratação de mão-de-obra no mercado, são elas também o antídoto ao concentracionismo e como esclarece Petter (2005, p. 265)

São elas que menos investimentos necessitam, havendo a expansão do desenvolvimento se trilhados os caminhos em face delas abertos. Demais disso, exercem no contexto da economia um papel mais versátil e próximo ao consumidor do que o desempenhado por grandes estruturas empresariais. Obtêm sua aprovação no mercado sem a intermediação de

contingente de mão de obra altamente qualificada, grande capacidade de estocagem de produção e de matérias primas. Seu elevado grau de especialização garante melhores métodos de controle de qualidade da produção e maior uniformidade na padronização dos produtos. Além disso, os recursos colocados à sua disposição possibilitam maiores investimentos na pesquisa e na criação de novos produtos, além da elaboração de eficientes campanhas publicitárias e sólidas estratégias de marketing. Todos esses fatores integrantes da economia de escala estão fora do alcance das pequenas e médias empresas.” (SANDRONI, 1989, p. 190)

⁵³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (BRASIL, 2007, p. 161)

⁵⁴ 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. (Ibid., p. 167)

pesados investimentos publicitários, indutores de hábitos de consumo, em muitos casos, evidentemente supérfluos. Mas também são elas as que mais dificuldades têm para a obtenção de financiamentos junto às instituições financeiras, daí o necessário tratamento favorecido no respeitante às operações creditícias.

O tratamento constitucional dado às micro e pequenas empresas não constitui ofensa ao princípio da livre concorrência, tampouco ao da livre iniciativa, visto que a existência de tais empresas fortalece a economia de mercado e proporciona a todos condições semelhantes de sobrevivência.

Nesse sentido, Tavares (2006, p. 224) expõe:

Realmente, ao promover a tutela de referido grupo de empresas, a Constituição está assegurando, indiretamente, a manutenção e ampliação do princípio da livre-iniciativa, permitindo que novas empresas, ainda que com estrutura reduzida ou diminuta, possam aventurar-se em mercados já povoados por grandes empresas. Também a livre concorrência é valorizada pelas medidas de beneficiar tais empresas, na medida em que permite a essas empresas manterem-se no mercado, apesar de seu porte, por força dos privilégios. De outra parte, uma vez que essas empresas evoluam e efetivamente cresçam, deixarão de fazer jus aos benefícios, já que seu tamanho permitirá que encarem o mercado sem o “auxílio constitucional”, e o objetivo final terá sido alcançado com sucesso.

A tutela das empresas favorecidas pelo princípio em estudo é de grande valia quando o almejado é o equilíbrio do mercado e a erradicação dos defeitos causados pelo concentracionismo e pelo abuso de poder econômico. Ademais, frente a uma situação de risco financeiro, a conservação de tais empresas se mostra eficaz na manutenção da harmonia social, vez que elas têm como fundamento de existência a livre iniciativa, a livre concorrência, a valorização do trabalho humano e a redução das desigualdades sociais.

4.2.4 A propriedade privada e a função social da propriedade

A Constituição de 1988 colocou como princípios da ordem econômica a propriedade privada e a função social da propriedade, mas também incluiu a ambos no art. 5, inc. XXII e XXIII, que trata dos direitos e garantias individuais. Isso reforça o fim da ordem econômica que é assegurar a todos, existência digna.

Entretanto, a propriedade sempre foi tema a suscitar grandes discussões doutrinárias já que possui diferentes facetas que dependem do olhar do observado, da época em que a discussão ocorre e da ideologia de fundo. A propriedade já foi vista como sendo exclusivamente do soberano⁵⁵ que a distribuía conforme seu próprio critério, ou, como externalização da liberdade do indivíduo⁵⁶, ou ainda como esbulho ou roubo⁵⁷.

Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo 17, a propriedade era definida como um direito inviolável e sagrado. Com o advento do Estado Moderno, o individualismo exacerbado passou a imperar, de modo que a proteção da liberdade e da propriedade era o fim próprio do Estado. “Levou muito tempo até que se afirmasse a constatação de que a propriedade também poderia significar falta de liberdade, passando a doutrina, então, a questionar o conceito puramente individualista de propriedade.” (PETTER, 2005, p. 201)

A Constituição de Weimar, de 1919, ao enunciar que a propriedade obriga, fez uma tentativa constitucional de garantir ao mesmo tempo a propriedade e a liberdade. Esse foi o início de uma valoração diferenciada e uma visão mais abrangente da propriedade privada.

Merece atenção, pois, a questão que diz respeito às diferenças entre limitações ao direito de propriedade e à função social que faz parte do conteúdo do próprio direito de propriedade.

A propriedade não mais é ilimitada como nos primórdios tempos, e seu proprietário ou possuidor não mais exerce as faculdades de uso, gozo, fruição e disposição da forma como bem entende. Hoje, a lei lança contra o direito de propriedade significativas limitações calcadas nos direitos do próprio homem.

⁵⁵ Conforme Hobbes: “... compete ao soberano o poder de prescrever as regras através para um homem saber quais os bens de que pode gozar, e quais as ações que pode praticar, sem ser molestado por qualquer dos seus concidadãos. A isto os homens chamam propriedade. Antes da constituição do poder soberano, pois - conforme já foi mostrado-, todos os homens tinham direito a todas as coisas, o que necessariamente provocava a guerra. Esta propriedade, portanto, posto que necessária à paz e dependente do poder soberano, é um ato desse poder, tendo em vista a paz pública. Tais regras da propriedade - *meum* e *tuum* - tal como o bom e o mau, ou o legítimo e o ilegítimo nas ações dos súbditos, são as leis civis.” (2005, p. 136)

⁵⁶ Para Locke: “A extensão de terra que um homem lavra, planta, colhe, melhora, cultiva e de cujos produtos desfruta, constitui a sua propriedade.(...) Aquele que, obedecendo a esta injunção divina, dominou, lavrou e semeou parte da terra, agregou-lhe com isso algo que era seu, a que ninguém mais tinha direito, nem podia, sem causar dano, tirar dele.” (2005, p. 40)

⁵⁷ “A propriedade privada foi muito criticada no século XIX. Karl Marx defendia que o processo histórico da propriedade nada mais era que um processo de espoliação. Para Proudhon, todas as formas de propriedade constituem roubo.” (BARBOSA, 2005)

Não se confunda, todavia, limitações legais com a exigência constitucional trazida pelo princípio da função social da propriedade. Esse, de cunho estrutural, tem por objetivo o fomento dos valores constitucionais fundamentais.

A propriedade privada foi moldada para ser a segurança da existência material do indivíduo, e isso sobrevive nos tempos atuais. Na Constituição de 1988, o direito à propriedade é garantido além do direito patrimonial de propriedade, sendo tido como garantia e direito individual, juntamente com o direito à vida, à liberdade e à segurança.

Nesse sentido, “a propriedade será socialmente funcional quando, respeitando a dignidade da pessoa humana, contribuir para o desenvolvimento nacional e para a diminuição da pobreza e desigualdades regionais.” (PETTER, 2005, p. 212).

Não há mais espaço para a propriedade absoluta e inatingível. Isso se deve ao fato de ter sido a propriedade, durante longo período, motivo de discriminação e exclusão social. Assim, hodiernamente, a propriedade é muito mais que satisfação ou posse pessoal, é, antes de tudo, um instrumento para o crescimento e riqueza social.

Isso fica claro na análise dos artigos 5º, inc. XXIII, 170, inc. III e 182, parágrafo 2º da CRFB. Em razão do texto constitucional, muitas leis foram criadas possibilitando o uso social da propriedade de forma racional voltado ao bem coletivo, ou seja, a propriedade deve assegurar o “atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas”.⁵⁸

Também a propriedade rural deve cumprir sua função social, devendo seu uso e aproveitamento serem racionais e adequados, assim como a utilização dos recursos naturais disponíveis. Deverá também preservar o meio ambiente e explorar a mão-de-obra conforme dita a legislação trabalhista.

O Estatuto da Cidade, o Estatuto da Terra, as normas de regulamentação da Reforma Agrária e as leis de Política Agrícola dão o tom informado pela Constituição. Porém, a propriedade não se exaure na terra e a função social não é aplicável somente à propriedade urbana ou rural.

⁵⁸ Estatuto da Cidade. Lei 10.257/2001. art. 39.

A função social da empresa é de tamanha relevância no direito brasileiro que se podem sentir suas vertentes em áreas como o direito antitruste, o direito ambiental e o direito do consumo. Afinal, a empresa hoje é considerada pólo que gera riqueza, interage com o meio ambiente e a sociedade, muitas vezes prestando serviços que deveriam ser prestados pelo Estado mas não o são.

Para Fabiane Lopes Bueno Netto Bessa (2006, p. 102):

pensar a função social da empresa implica, assim, posicionar a empresa em face da função social da propriedade, da livre iniciativa (autonomia privada para empreender) e da proporcionalidade (equilíbrio na consecução de interesses privados diante das necessidades sociais).

Já com relação aos contratos, a função social deve ser verificada quando o contrato puder afetar interesses institucionais externos a ele. Consoante afirma Calixto Salomão Filho (2003, p. 22), a função social do contrato deve ser flexível e adaptar o contrato às novas realidades sociais que exsurgem; contudo essa flexibilidade terá limitação na segurança jurídica. Dessa maneira, reconhece-se no contrato um instrumento de organização social e econômica.

A função social dos contratos guarda estreita relação com a defesa do consumidor como se verá a seguir.

4.2.5 A defesa do consumidor

A defesa do consumidor adquiriu status constitucional ao ser inserida na Constituição de 1988, em dois artigos distintos: 5º, inc. XXXII, e 170, inc. V.

A inclusão da matéria na Constituição é inerente à função do Estado em intervir naquelas situações em que haja desequilíbrio ou desigualdades sociais que não possam ser corrigidas por meio de instrumentos políticos ou econômicos. (EFING, 2004, p. 26)

Desse modo, é tarefa do Estado intervir na relação fornecedor-consumidor em razão da vulnerabilidade deste frente àquele. E mais, o volume de transações de ordem consumerista tem crescido consideravelmente, pois são tantas

as ofertas, e tantos os fornecedores, que cabe ao Estado ordenar o meio para evitar danos ao consumidor.

A matéria referente ao direito do consumo não se estreita apenas na compra e venda, mas também na propaganda, no uso indevido do nome do consumidor, na utilização indevida de cadastros públicos e privados e tantos outros aspectos que afetam diretamente a dignidade das pessoas que não há como não figurar entre a matéria constitucional.

Hoje, o direito do consumo, regulado pela lei 8.078/1990, também chamada de Código de Defesa do Consumidor (CDC), põe suas raízes sobre quase todos os ramos do direito. Na doutrina, vê-se o respeito com que o tema é tratado, devido a sua indiscutível importância. Petter (2005, p. 231) afirma que

Com a introdução do CDC, estabeleceu-se um novo referencial normativo, fomentador de uma pululante e auspiciosa jurisprudência, mais consentânea com as hodiernas exigências de fortalecimento do indivíduo-consumidor frente às realidades e vicissitudes do mercado e da vida, dando maior concreção ao princípio da dignidade da pessoa humana e à solidariedade que lhe é devida também na seara econômica.

Não se pode querer que o mercado regule as situações que se apresentam nas relações de consumo, visto ele nem mesmo ter uma definição pacífica sobre si mesmo.

Pode-se definir mercado como uma coleção de compradores e vendedores que interagem, resultando na possibilidade de troca, ou, um conjunto de institutos jurídicos que garante trocas, ou, ainda, uma forma de governar as transações econômicas, uma estrutura de governança. (FARINA, 2005, p. v)

O liberalismo econômico em sua evolução, principalmente a partir do séc. XIX, não deixou espaço para um tratamento igualitário entre fornecedor e consumidor, isso em razão do princípio do *caveat emptor*.⁵⁹ Tal prática estava arraigada no comércio mundial, no brasileiro e somente sofreu modificações com a Constituição de 1988, vez que instituiu a defesa do consumidor.

⁵⁹ Princípio “segundo o qual compete ao consumidor, ao comprador informar-se para resguardar-se de eventuais danos. [...] após o CDC, impera agora a regra moderna do *caveat venditor*, ou seja, é ao vendedor, fornecedor (comerciante, fabricante, importador...) que compete, legalmente, prestar a mais ampla informação ao consumidor em potencial. É que, só assim o consumidor pode desempenhar seu papel no ciclo econômico da produção, o papel de parceiro econômico e não de mera referência mercadológica. Sucede que a evolução tecnológica impõe a evolução jurídica, daí o esforço criativo e técnico dos homens de Direito e a vontade política dos homens públicos.” (AMARAL, 2007)

A Constituição de 1988 reconheceu a importância do tema, dando-lhe status de princípio. E apesar de figurar entre princípios da ordem econômica, também foi incluído entre os direitos e garantias coletivas. Mesmo não havendo hierarquia entre princípios, “não há, pois, como negar que o princípio constitucional de proteção do consumidor tem, pelo menos, a mesma importância hierárquica que o da livre iniciativa e atuação empresarial.” (COMPARATO, 1990, p. 71)

Assim, resta incontroversa a obediência das normas infraconstitucionais ao princípio da defesa do consumidor, verificada a supremacia das normas constitucionais.

Contudo, conforme explica Comparato (1990, p. 71), não há razão para sobrepor-se um princípio ao outro; ao contrário, eles devem conviver harmonicamente.

Por essas razões e pelas situações fáticas que se apresentam a todo instante, em que o abuso de poder econômico dá o tom da condução do mercado, não há como querer que o direito do consumo se esgote na esfera privada. Muito embora seja na esfera privada que a maioria das relações de consumo ocorram.

Nesse contexto, o princípio da proteção do consumidor e sua disciplina específica se interligam aos demais princípios e disciplinas do Direito. Ana Paula Martinez (2004, p. 8) explica que o direito do consumidor e o direito de concorrencial caminham em conjunto. Isso porque o consumo é o único objetivo da produção e o interesse do produtor termina no exato momento em que as necessidades do consumidor são atendidas. Atenta a autora para o fato de que o “consumidor é o destinatário econômico final das normas concorrenciais”.

Não se pode olvidar, entretanto, que, conquanto o consumidor seja considerado pelo direito concorrencial como o destinatário econômico final de suas normas, pouco tem feito este para garantir aquele nas suas práticas. As políticas adotadas, principalmente pelas instituições financeiras, são condutas da exclusão social. São as responsáveis pelo abismo crescente entre as camadas sociais e ao acesso dos consumidores mais carentes ao crédito.

Não é só com o direito concorrencial que o princípio da defesa do consumidor se relaciona. Ele o faz também com o princípio da defesa do meio ambiente. Hoje, fala-se em consumo sustentável ou consumo consciente, ou seja, consumir de forma que atenda às suas necessidades sem deixar faltar para o futuro.

É a escolha por produtos que não agridam o meio ambiente. É a produção de artigos de consumo que atendam a uma necessidade cada vez maior e urgente de preservar o meio ambiente. Com isso, pode-se observar que o consumidor não é apenas detentor de direitos, mas também de obrigações.

A inter-relação dos princípios da ordem econômica, em especial, e dos princípios constitucionais, de forma geral, é inegável e indiscutível, porém há pouco tempo se tem admitido uma integração assim tão clara e definida.

4.2.6 Defesa do meio ambiente

A previsão constitucional para a defesa do meio ambiente é a constatação escrita de uma necessidade há muito reclamada. O meio ambiente sofre frente ao desenvolvimento econômico e, na maioria das vezes, é posto de lado como se a degradação pudesse ser sanada posteriormente do dia para noite, o que se sabe bem não ser verdade.

O princípio da defesa do meio ambiente guarda estreita relação com a dignidade da pessoa humana. Sem o meio ambiente ecologicamente equilibrado, não há qualidade de vida e não há dignidade da pessoa.

Todavia, o próprio ser humano no seu dia-a-dia despreza regras básicas de convivência com a natureza, colocando-se em uma posição hierarquicamente superior e com isso causando danos muitas vezes irreparáveis ao meio ambiente.

Na esfera econômica, a solução está no desenvolvimento⁶⁰ (e também consumo) sustentável, aumentando assim a qualidade de vida. Muito

⁶⁰ “Tanto quanto as demais perspectivas, o desenvolvimento sustentável é uma ideologia, um valor, uma ética. Sua vantagem sobre as outras perspectivas é que busca incorporar os conhecimentos que vêm se acumulando nos últimos anos sobre os problemas ambientais trazidos pelo progresso descontrolado, e busca encontrar um espaço para o atendimento das necessidades humanas que seja compatível com o equacionamento destes problemas. Este espaço deve ser conquistado tomando em consideração dois elementos essenciais: as necessidades das pessoas, que incluem o direito a uma vida digna, mas não os abusos do consumismo descontrolado; e a idéia de limites ao que é possível fazer com os recursos naturais e ambientais disponíveis. Estas noções definem uma atitude, uma preocupação, que não trazem em si a solução dos problemas. Quais são as necessidades a ser atendidas, como limitar o consumo excessivo sem paralisar a economia e criar desemprego, quais os verdadeiros limites no uso dos recursos naturais, qual a capacidade da natureza de se regenerar, qual a capacidade das pessoas e das sociedades de se adaptar a novas

embora os seres humanos de maneira geral tenham priorizado o lucro, hoje já se consegue ver manifestações no sentido de priorizar o meio ambiente.

A relevância do meio ambiente, atualmente, fez com que a Constituição desse especial atenção ao tema dedicando-se a ele ao longo do seu texto. “O direito ambiental constitui hodiernamente um microssistema próprio, a exemplo do consumerista, com toda uma normatividade a ele afeto, inclusive de nível principiológico.” (PETTER, 2005, p. 241)

Cristiane Derani (1997, p. 240), analisando o texto constitucional, afirma que não pode haver desenvolvimento de atividade econômica que não tenha em conta o uso consciente dos recursos naturais. Assim,

a elaboração de políticas visando ao desenvolvimento econômico sustentável, razoavelmente garantido das crises cíclicas, está diretamente relacionada à manutenção do fator natureza da produção (defesa do meio ambiente), na mesma razão da proteção do fator capital (ordem econômica fundada na livre iniciativa) e da manutenção do fator trabalho (ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano). A consideração conjunta destes três fatores garante a possibilidade de atingir os fins colimados pela ordem econômica constitucional: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

A atividade econômica e a natureza possuem um grau tal de interdependência que não se pode supor um sem o outro. O resultado do pensamento isolado está a ser visto neste novo milênio da pior forma possível: desastres ecológicos, temperaturas alteradas – o chamado aquecimento global, extinção de animais e plantas e outros tantos desastres naturais induzidos pela mão do homem. Nesse sentido, Petter:

O processo econômico, a bem da verdade, tem uma dimensão fenomênica irrecorrivelmente ecológica, pois está sujeito a condicionamentos naturais, limitações físicas, etc., que ao homem não é dado elidir. É falso o dilema do antagonismo entre desenvolvimento e meio ambiente, na medida em que, sendo um fonte de recursos para o outro, devem harmonizar-se. Existe uma combinação suportável de recursos para a realização do processo econômico que pressupõe que os ecossistemas operem dentro de uma amplitude capaz de conciliar condições econômicas e ambientais.

condições ambientais e ao uso de novos produtos, tudo isto é matéria de pesquisa, discussão e experimentos. Existem pelo menos duas versões do desenvolvimento sustentável. Uma é mais pragmática e menos radical, que procura não se antecipar aos problemas, e tratar de resolvê-los um a um, na crença, típica do modernismo, na grande capacidade das pessoas e sociedades em encontrar soluções para os problemas que vão surgindo; enquanto a outra é mais radical, teme mais pelas conseqüências catastróficas do desenvolvimento controlado, desconfia dos poderes da iniciativa individual e da tecnologia para resolver os problemas que já surgem no horizonte, e propõe ações preventivas muito mais fortes e decisivas.” (SCHWARTZMAN, 2007).

Destarte, não há como dissociar a atividade econômica do meio ambiente, pois, conforme se vivencia, não há mais espaço para a economia afastada da proteção ao meio ambiente. Os recursos não são inesgotáveis, a escassez é agravada com o descarte de embalagens e produtos industrializados (ou seja, pelo consumo desmesurado e irresponsável). Tudo isso gera ao homem um sofrimento desnecessário.

Após décadas de protestos e alertas de organizações dedicadas à proteção do meio ambiente, finalmente o desenvolvimento sustentável vem ganhando força. Os agentes econômicos investem em tecnologias que reduzam ao mínimo os danos ao meio ambiente, por exemplo, hoje já se fala em créditos de carbono como forma de compensar a emissão desse poluente. Mas essas ainda são poucas, comparadas às lesões feitas nos últimos anos.

Para Petter (2005, p. 246), a idéia de desenvolvimento sustentável está começando a tomar forma na sociedade, mas ele alerta:

O que revela destacar é que estes investimentos, que são tidos como custos para a realização de uma determinada atividade econômica, têm ocasionado um crescente retorno em atenção aos capitais investidos, e a tendência é que eles se reproduzam cada vez mais, para que a natureza e empresa colham frutos com o desenvolvimento. Claro, está pressuposta nesta atitude comportamental a constatação de condições de existência mínimas, pois, onde a miséria está instalada, a proteção ambiental, na maioria dos casos, não deita raízes.

Derani (1997, p. 81) reforça que a “tarefa do direito ambiental é fazer com que as normas jurídicas possam orientar as ações humanas, influenciando seu conteúdo, no sentido de um relacionamento conseqüente com o meio ambiente.”

Porém, cabe ao homem exigir que o meio ambiente seja preservado, pois ele é o titular do direito disposto no art. 225⁶¹ da Constituição da República.

⁶¹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 2007, p. 192)

5 O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

5.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A construção de um princípio tem início na vontade do legislador constituinte, que informada pela vontade do povo o *materializa* na Constituição. Como se verá a seguir, tal materialização pode se dar de diversas maneiras, não só na escrita do dispositivo correspondente ao princípio, mas também na organização de idéias que exprimem seu conteúdo.

Não há como precisar o surgimento do PPE, contudo, ao se compulsar a história, pode-se observar que a necessidade de preservar as empresas viáveis, geradoras de empregos, aumentou mundialmente após a 2ª Grande Guerra.

Esse aumento no interesse de preservar a empresa se deu em razão dos fatos históricos antecedentes como a grande depressão americana (1929) que acabou espalhando a crise pelo mundo em razão da dependência que muitos países tinham em relação à economia americana. É crucial, entretanto, entender que durante a Primeira Guerra a economia que estava superaquecida em razão da grande demanda provocada pela guerra, retrai-se com seu término. A chamada indústria de guerra desacelera sua produção e os homens que estavam em combate retornam a seus lares e se quedam desempregados.

O mercado até então eufórico pelo crescimento proporcionado pela guerra sofre seguidos golpes que culminam com a queda da bolsa de Nova Iorque em 1929. Durante o período que sucedeu à queda da bolsa, várias foram as tentativas de recuperação da economia, incluindo aí o florescimento do liberalismo americano.

Nicz (1981, p. 43), a propósito, bem expõe o período:

O período compreendido entre os anos 1929 a 1932 pode ser considerado como dos mais críticos na história americana. O rápido desenvolvimento capitalista sem qualquer controle tinha desencadeado uma estagnação na economia nacional, como também em razão da concentração de produção fez surgir monopólios que vieram a desequilibrar a livre concorrência no mercado, com prejuízos substanciais às pequenas e médias empresas, gerando os seus desaparecimentos e ocasionando o desemprego, a queda

do poder aquisitivo, a concentração de capitais e uma paralisação no mercado. Não havia qualquer estímulo à produção e os detentores do capital não arriscavam a movimentá-lo, face o pequeno índice de obtenção de lucros.

Nesse cenário de desesperança econômica, Roosevelt implantou um programa, denominado *New Deal*, que se destinou a recuperar a economia do país por meio da intervenção estatal. Nicz (1981, p. 43) lembra que uma das principais preocupações de Franklin Roosevelt, no princípio de 1933, era “reativar o consumo e o investimento, com a estimulação da alta de preços e aumento do poder aquisitivo”; isso, aliado a medidas que buscavam “devolver a confiança aos investidores, reforçar o comércio exterior, instituir a previdência social e proceder ao controle público das indústrias básicas do país.”

Ao fortalecer a economia pela intervenção do Estado no domínio econômico, Roosevelt propôs um grande levante para a manutenção das empresas nacionais. Para isso adotou medidas para aumentar as exportações subsidiando os preços dos produtos no mercado interno.

O programa de Roosevelt foi condenado pelos liberais por permitir a intervenção do Estado no domínio econômico, porém foi ele crucial no ressurgimento da economia americana.

Após a Segunda Guerra os mecanismos de intervenção do Estado se mostraram novamente necessários. Segundo Nicz (1981, p.46)

Os próprios malefícios oriundos da Segunda Guerra Mundial, que causaram aos Estados o descontrole substancial em sua economia, fariam gerar problemas sociais irreversíveis se o poder estatal abrisse mão das prerrogativas intervencionista. O controle estatal era necessário a fim de tornar a equilibrar a economia interna, amenizando os problemas sociais decorrentes da guerra.

As experiências advindas da intervenção no domínio econômico seriam então utilizadas pelos Estados no pós-guerra, e até os dias de hoje constituem salvaguarda necessária ao equilíbrio econômico.

No Brasil não foi diferente, a “história do desenvolvimento econômico, social e político brasileiro é repleta de ricas experiências e percalços que seguramente poderiam ser bem melhor utilizados...” (QUEIROZ, 2004, p. 25), tanto para redução das dramáticas desigualdades quanto da exclusão social.

O SEBRAE (Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas) realizou em 2004 uma pesquisa sobre a taxa de mortalidade das empresas de pequeno porte em todo o Brasil e suas causas. O resultado é surpreendente, vez que aponta para a região Sul como aquela que detém o maior índice de mortalidade do país – 52,9% para as empresas constituídas em 2002 e 60,1% das constituídas em 2001.

As causas dessa mortalidade recaem na falta de capital de giro em 1º lugar e na carga tributária elevada por último. No entanto, foi apurado que das empresas extintas, só na região Sul, 64% não deram baixa de seus atos constitutivos na Junta Comercial, sendo que 36% afirmaram ser a causa desse fato, os altos custos. (2004)

O desperdício econômico gerado, com a morte das empresas em todo o país, segundo o relatório chega a 19,8 bilhões de reais e são extintos com isso 2,4 milhões de postos de trabalho. São números consideráveis.

Queiroz (2004, p. 26) afirma que a necessidade de se corrigir o problema é urgente, caso contrário, o empobrecimento do país e o nível de desemprego gerarão conseqüências fatais à economia. Diz ele:

Urge que façamos uma correção de rumo sob pena de nos tornarmos um dos primeiros integrantes da sociedade denominada 20:80 por Hans Peter Martin (...), reféns do exponencial aumento da criminalidade e exclusão social, sinais fortemente demonstrados no Brasil. Martin apresenta sólidos fundamentos de pesquisa onde neste século apenas 20% da força de trabalho para fazer girar a economia, colocando a alarmante interrogação quanto ao que farão os demais 80%.

O descaso estatal terá conseqüências de difícil reversão. A recuperação e seu fortalecimento das empresas que operam e geram riquezas e postos de trabalho para o brasileiro, devem ser os objetivos da legislação nacional. Nesse iter, o princípio da preservação da empresa se mostra na sua mais básica função: a de orientar a legislação infraconstitucional.

Antes, porém, de se adentrar ao estudo do princípio, faz mister consolidar uma diferenciação: o princípio da preservação da empresa não deve ser confundido com recuperação da empresa, pois o primeiro visa à conservação da empresa, mesmo aquelas que não estão em crise; já o segundo é instituto que diz respeito à recuperação da empresa em crise que busca tutela estatal.

Segundo definição legal (art. 47 da lei 11.101/2005), a recuperação da empresa objetiva

viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (BRASIL, 2005).

Recuperar a empresa em crise é função do direito falimentar sendo atendido pela lei nº 11.101/2005 que trouxe também novos instrumentos de preservar a empresa, mas cujo objetivo é recuperá-la, devolvendo seu viço e utilidade à sociedade.

Necessário também para melhor entendimento do princípio estudado é entender a origem da necessidade de preservar a empresa. A partir do momento em que a empresa, tida como atividade, possibilitou a execução de serviços essenciais à sociedade, passou ela a ter sua importância sobrelevada e o estudo de sua sanidade econômica passou a interessar não só aos economistas, mas também aos juristas.

Consoante Fábio Ulhôa Coelho (2002, p. 215), a empresa pode passar por três crises distintas que em princípio seriam desencadeadas em efeito dominó, uma após a outra, Todavia devido à complexidade das relações na atualidade podem se manifestar isoladamente sem que os agentes econômicos lhes dessem a devida atenção.

A primeira crise denominada *econômica* seria caracterizada pela “retração considerável nos negócios desenvolvidos pela sociedade empresária” (COELHO, 2002, p. 215), ou seja, o volume das vendas não é suficiente para a manutenção do negócio. Tal retração pode-se dar pela ineficiência tecnológica do empresário, o que põe em risco a empresa, como também se pode dar pela queda no consumo do produto negociado pelo empresário. Essa crise atinge varejistas e atacadistas visto estar relacionada com o consumo. Dessa forma, Coelho afirma que a crise econômica pode ser “generalizada, segmentada ou atingir especificamente uma empresa.” (2002, p. 215)

A crise *financeira* ocorre quando o empresário mesmo possuindo faturamento positivo, não possui dinheiro em caixa para o pagamento de suas obrigações. Segundo Coelho a empresa se encontra nessa situação “porque ainda

não amortizou o capital investido nos produtos mais novos, está endividada em moeda estrangeira e foi surpreendida por uma crise cambial ou o nível de inadimplência está acima das expectativas” (2002, p. 216). Coelho chama esse fenômeno de *crise de liquidez* e afirma que sua exteriorização jurídica é a impontualidade.

Já a *crise patrimonial* (COELHO, 2002, p. 216), caracteriza-se por ter o empresário ativo inferior ao passivo. Assim, se acaso o agente econômico tiver um patrimônio inferior à somatória de suas dívidas, estará em crise patrimonial. Para se chegar a tal conclusão, contudo, a análise econômico-financeira deverá levar em consideração, por exemplo, se o empresário passa por período de investimento maciço na modernização de seu negócio, o que justificaria tal desequilíbrio.

Importa aqui deixar claro que a crise patrimonial é a que mais interessa aos credores, em razão do princípio aplicado no direito falimentar em que “os bens do devedor constituem a garantia dos credores”.

Explica Coelho (2002, p. 215) que em razão da alta tecnologia e dos mercados virtuais, não revela perigo a empresa que se encontra isoladamente em uma situação de crise específica. O perigo verdadeiro está na conjugação dos três tipos de crise, o que caracteriza a insolvência, gerando conseqüências para fornecedores, trabalhadores, investidores, consumidores e demais dependentes do empresário.

Note-se que gera certa segurança tratar do princípio da preservação da empresa exclusivamente no âmbito falimentar, pois a lógica aplicada é a de que precisa ser preservada a empresa que está em crise, seja ela de que tipo for.

Julio César Rivera (2003, p. 33) tratando do Direito Concursal, afirma que após séculos utilizando o instituto da falência para exclusivamente satisfazer credores, liquidando os bens do devedor, a doutrina falimentar, permeada por idéias econômicas e também políticas, direcionou-se no sentido da preservação da empresa deixando a satisfação dos credores como último recurso; afinal, significa a extinção da unidade econômica.

Argumenta Rivera (2003, p. 34) que na empresa se conjugam interesses que excedem os interesses meramente privados dos credores. A empresa aparece, na maioria das vezes, comprometida com o interesse público, visto que ela atende à produção de bens e (ou) de serviços essenciais para a vida

da comunidade; alimentos, transportes, produtos químicos, combustíveis e tudo o mais que o homem comumente utiliza no seu dia-a-dia.

A empresa por vezes se converte em força motriz da atividade de certa comunidade, tanto que se pode assistir ao aparecimento de comunidades ao redor de sua sede e que dependem exclusivamente dela para sua subsistência. Não se pode esquecer também que os salários pagos pelo empresário possibilitam acesso à saúde, educação e lazer que antes não seriam possíveis.

Assim, a importância da empresa não se prende exclusivamente à sua capacidade de produzir lucro, mas sim na produção de riqueza de modo geral. Ela pode ser importante por sua localização, pelo seu porte (quantidade de empregos), prestação de serviços à comunidade e outras tantas facetas que até então não haviam sido reveladas.

Após tempos dissociada da realidade, a legislação falimentar no Brasil, com o advento da Lei 11.101/2005 (LRF), toma fôlego e se mostra aberta à comunhão com a realidade quando adota o princípio da preservação da empresa como norte. No entanto, críticas bem colocadas estão aflorando da doutrina que alerta para o fato de que leis por serem criação humana costumam ser falíveis.

Manoel Justino Bezerra Filho e Luiz Augusto de Souza Queiroz Ferraz, observando, criaram uma empresa fictícia para expor as mazelas do então projeto de lei de falências e recuperação judicial. Afirmam eles que a lei em trâmite “contém dentro de si, o vírus do aniquilamento de empresa como a retratada, sem qualquer possibilidade de recuperação: exigir-se além de tudo, certidão negativa de tributos...é melhor nem sequer comentar esse absurdo.” (2005)

Bezerra Filho atesta a ocorrência de modificações havidas no Projeto de Lei de Falências em virtude da pressão de determinados grupos. Salaria o autor que inicialmente a Lei realmente se preocupava com a recuperação das empresas, expressando o *sentimento médio da população*, mas por volta de 2000/2001, “começou a sentir a pressão de setores mais organizados – e certamente o mais forte – nos dias atuais, ou seja, os banqueiros, nacionais e internacionais, se é que se pode admitir nacionalidade em tais setores.” (2005, p. 44)

O autor conclui pesaroso que

A Lei, que até aquele momento caminhava no sentido de tentar propiciar condições de recuperação às empresas em dificuldade, passou a se preocupar com a criação de condições para que o capital financeiro

investido retornasse rapidamente às origens. Em outras palavras, antes de qualquer preocupação com recuperação da empresa, a Lei se preocupa em “salvar” o dinheiro investido pelo capital financeiro, inviabilizando – ou ao menos tornando bastante problemática – a possibilidade de recuperação. (BEZERRA FILHO, 2005, p. 44)

Desse modo, mesmo no âmbito do Direito Comercial ou Empresarial, o princípio da preservação da empresa por vezes é rechaçado, sucumbindo perante forças políticas e econômicas de apenas um setor ou mercado.

Exemplo de preocupação com a recuperação da empresa, a lei espanhola (*Ley Concursal 22/2003*) brinda o princípio da preservação da empresa quando, por exemplo, em seu art. 56 garante a não-execução dos créditos de credores com garantia real, quando tais bens sejam utilizados para o desenvolvimento da atividade empresarial⁶².

Na Espanha, o devedor que voluntariamente pede falência pode juntamente com seu pedido e apresentando plano de viabilidade, apresentar proposta antecipada de acordo com seus credores, o que mostra uma tendência à manutenção da empresa viável, muito embora na exposição de motivos da lei concursal seja dito que seu objetivo não é o saneamento de empresas. Mesmo havendo comentários pontuais como o visto acima, a lei espanhola na exposição de motivos levanta a cada momento a questão da flexibilidade da lei que se sanciona.

Exemplo de flexibilidade dá, a lei concursal espanhola, ao regular o conteúdo das propostas do plano de reorganização da empresa, que poderá conter propostas de pagamento, adiamento de pagamento ou ambas. Admite, também,

⁶² **Artículo 56.** Paralización de ejecuciones de garantías reales. 1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. Tampoco podrán ejercitarse durante ese tiempo, cuando se refieran a los bienes indicados en el párrafo anterior, las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos en virtud de contratos inscritos en el Registro de bienes muebles o los cedidos en arrendamientos financieros formalizados en documento que lleve aparejada ejecución o haya sido inscrito en el referido registro, ni las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad. 2. Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en ese apartado. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. 3. Durante la paralización de las acciones o la suspensión de las actuaciones y cualquiera que sea el estado de tramitación del concurso, la administración concursal podrá ejercitar la opción prevista en el apartado 2 del artículo 155. 4. La declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta. (ESPAÑA, 2003)

ofertas de conversão de créditos em ações, participações ou quotas sociais. Com isso, possibilita a empresa em crise, porém economicamente viável a retomada de sua atividade. (ESPAÑA, 2003, art. 100)

Na França, a preservação da empresa se mostra mais contundente, quando a lei prevê uma fase pré-concursal com mecanismos de prevenção e alerta. A Lei 84-148 trata da Prevenção e Acordo Amigável em caso de dificuldades das Empresas; a Lei 85-98 trata do Saneamento e Liquidação Judicial das Empresas, ambas modificadas pela Lei 94-475 e desde 18 de setembro de 2000 a legislação referente ao direito concursal na França foi agrupada no Livro VI do Código de Comércio sob o título *Des difficultés des entreprises*.

Em seu primeiro artigo, sob o nº L.611-1⁶³, o Estado põe à disposição do empresário um “agrupamento de prevenção” que terá como missão proporcionar a seus afiliados uma análise, confidencial, das informações econômicas, contábeis e financeiras que são enviadas regularmente pelo empresário afiliado.

Há também na lei francesa um dispositivo de prevenção em que as pessoas que exercem atividade mercantil ou artesanal que se encontrem em dificuldades financeiras, econômicas ou jurídicas conhecidas ou previsíveis podem recorrer ao *Tribunal de Commerce ou Tribunal de Grande Instance*, conforme seja o caso, que nomeará um conciliador cuja missão será promover a conciliação entre o devedor e seus credores com o fito de recuperar a saúde da empresa.⁶⁴

⁶³ **Artículo L.611-1** Cualquier persona inscrita en el Registro de Comercio y de Sociedades o en el Registro Central de Artesanos, así como cualquier persona jurídica de derecho privado, podrá unirse a una agrupación de prevención autorizada por orden del representante del Estado en la región. Esta agrupación tendrá como misión proporcionar a sus afiliados, de modo confidencial, un análisis de las informaciones económicas, contables y financieras que estos se comprometan a remitirle con regularidad. Cuando la agrupación detecte indicios de dificultades, informará de ello al empresario y podrá proponerle la intervención de un perito. A instancia del representante del Estado, las administraciones competentes prestarán su apoyo a las agrupaciones de prevención autorizadas. También se podrá solicitar los servicios del Banco de Francia para emitir dictámenes sobre la situación financiera de las empresas afiliadas, según las condiciones previstas por convenio. Las agrupaciones de prevención autorizadas podrán beneficiarse asimismo de ayudas otorgadas por las entidades territoriales. Las agrupaciones de prevención autorizadas estarán habilitadas para firmar contratos en beneficio de sus afiliados, en particular con las entidades de crédito y las empresas de seguros. (FRANÇA, 2006)

⁶⁴ **Artículo L.611-4** Se establecerá un procedimiento de concertación, ante el Tribunal de Commerce, al que podrán acogerse las personas que ejerzan una actividad comercial o artesanal que atraviesen una dificultad jurídica, económica o financiera, conocida o previsible, siempre que no se encuentren en estado de insolvencia por un periodo superior a cuarenta y cinco días. **Artículo L.611-5** El procedimiento de conciliación será aplicable, en las mismas condiciones, a las personas jurídicas de derecho privado y a las personas físicas que ejerzan una actividad profesional autónoma, incluyendo una profesión liberal, sujeta a un estatuto legal o reglamentario o cuyo título esté protegido. El

Conservar a empresa constitui objetivo fundamental da legislação francesa. Para tanto, ela tenta conciliar três interesses: “(1) da empresa, mantendo-as em funcionamento, (2) dos trabalhadores, preservando o emprego, e (3) dos credores, permitindo a execução dos contratos de crédito.” (BONILHA et. al., 2007, p. 61)

Bonilha, Fischer, Lüders, Mery e Tagle observam ainda que na legislação francesa existe a obrigação tanto do Tesouro Nacional quanto da Seguridade Social de notificar ao Juiz situações que podem derivar em situação de insolvência, como a falta de pagamento de impostos ou de cotas da seguridade social. (2007, p. 61)

Observando a legislação francesa percebe-se que há situações em que a empresa deve ser incentivada a permanecer no mercado, mesmo que não esteja ainda insolvente. E há situações em que o empresário já insolvente necessita de medidas firmes para que não chegue ao estado de falência. E há ainda situações em que leis devem ser elaboradas tendo como parâmetro a preservação da empresa.

Faz-se necessário mencionar que Espanha e França fazem parte da União Européia e estão sujeitas ao Regulamento (CE) nº 1346/2000 do Conselho⁶⁵, sobre procedimentos de insolvência. Porém, tal norma transfere aos Estados

Tribunal de Grande Instance será competente a efectos del presente artículo y su presidente ejercerá las mismas facultades que las atribuidas al presidente del Tribunal de Commerce. El procedimiento de conciliación no será de aplicación a los agricultores que se beneficien del procedimiento previsto en los artículos L.351-1 a L.351-7 del Código Rural. (Ibid.)

⁶⁵ **Artículo 4 - Legislación aplicable.** 1. Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la Ley aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos será la del Estado miembro en cuyo territorio se abra dicho procedimiento, denominado en lo sucesivo "el Estado de apertura". 2. La Ley del Estado de apertura determinará las condiciones de apertura, desarrollo y terminación del procedimiento de insolvencia. Dicha Ley determinará en particular: a) los deudores que puedan ser sometidos a un procedimiento de insolvencia en calidad de tales; b) los bienes que forman parte de la masa y la suerte de los bienes adquiridos por el deudor después de la apertura del procedimiento de insolvencia; c) las facultades respectivas del deudor y del síndico; d) las condiciones de oponibilidad de una compensación; e) los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los contratos en vigor en los que el deudor sea parte; f) los efectos de la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre las ejecuciones individuales con excepción de los procesos en curso; g) los créditos que deban cargarse al pasivo del deudor y la suerte de los créditos nacidos después de la apertura del procedimiento de insolvencia; h) las normas relativas a la presentación, examen y reconocimiento de los créditos; i) las normas del reparto del producto de la realización de los bienes, la graduación de los créditos y los derechos de los acreedores que hayan sido parcialmente indemnizados después de la apertura del procedimiento de insolvencia en virtud de un derecho real o por el efecto de una compensación; j) las condiciones y los efectos de la conclusión del procedimiento de insolvencia, en particular, mediante convenio; k) los derechos de los acreedores después de terminado el procedimiento de insolvencia; l) la imposición de las costas y gastos del procedimiento de insolvencia; m) las normas relativas a la nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos perjudiciales al conjunto de los acreedores. (CE, 2000)

Membros a competência para criar regras quanto à abertura, desenvolvimento e termino do procedimento de insolvência, estabelecendo parâmetros básicos para a manutenção da unidade da legislação comunitária.

Legislação que merece destaque é a *Ley de Concursos Mercantiles* mexicana que em seu artigo primeiro já esclarece que a lei concursal é de interesse público, pois configura interesse público conservar as empresas e evitar que o inadimplemento generalizado das obrigações coloque em risco a viabilidade das empresas e daquelas com quem se relaciona.⁶⁶ A lei mexicana deixa clara a orientação a ser seguida no caso de crise na empresa, assumindo uma posição firme no sentido de preservá-la.

Tanto assim o é, que em seu artigo 3º⁶⁷ a lei concursal mexicana afirma que a finalidade da conciliação é lograr a conservação da empresa do comerciante. A lei de quebras em questão estabelece duas etapas sucessivas sendo a primeira denominada *conciliación* e a segunda *quiebra*.

Prefere a lei mexicana a recuperação da empresa à sua extinção para pagamento dos credores, o que permite concluir que, flexibilizando os planos de reorganização e sua forma de obtenção perante o juízo falimentar, a lei incentiva o acordo entre credores e devedores para evitar a falência.

No Peru, a legislação falimentar que entrou em vigor no ano de 2002, logo em seus artigos I e II⁶⁸, do *Título Preliminar*, estabelece que os objetivos do sistema concursal é a permanência da unidade produtiva, a proteção do crédito e o patrimônio da empresa. Já a finalidade é propiciar um ambiente idôneo para a negociação entre os credores e o devedor submetido ao concurso.

⁶⁶ **Artículo 1o.**- La presente Ley es de interés público y tiene por objeto regular el concurso mercantil. Es de interés público conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negocios. (MEXICO, 2000)

⁶⁷ **Artículo 3o.**- la finalidad de la conciliación es lograr la conservación de la empresa del comerciante mediante el convenio que suscriba con sus acreedores reconocidos. la finalidad de la quiebra es la venta de la empresa del comerciante, de sus unidades productivas o de los bienes que la integran para el pago a los acreedores reconocidos. (Ibid.)

⁶⁸ **“Título Preliminar – Artículo I. – Objetivo del Sistema Concursal.** El objetivo Del Sistema Concursal es la permanencia de la unidad productiva, la protección del crédito y el patrimonio de la empresa. Los agentes del mercado procurarán una asignación eficiente de sus recursos durante los procedimientos concursales orientando sus esfuerzos a conseguir el máximo valor del patrimonio en crisis. **Artículo II. – Finalidad de los procedimientos concursales.** Los procedimientos concursales tienen por finalidad propiciar un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y el deudor sometido a concurso, que les permita llegar a un acuerdo de reestructuración o, en su defecto, a la salida ordenada del mercado, bajo reducidos costos de transacción.” (PERU, 2002)

Esteban Carbonell O'Brien (2003) explica o procedimento peruano ressaltando sua unidade e flexibilidade que se reflete na sua própria estrutura que vem articulada em uma primeira fase comum que pode desembocar em um *Plan-Convenio* (acordo entre credores e devedor) ou em uma liquidação. Explica o autor que a finalidade de preservação da atividade profissional da pessoa em concurso pode cumprir-se por meio do *Plan-Convenio*, cuja proposta se fará acompanhar de um plano de viabilidade.

A comunhão da lei peruana com o princípio da preservação da empresa se dá em todo o texto da lei concursal. Observe-se que no art. IX⁶⁹ do Título Preliminar, a lei dita que a autoridade concursal quando frente à lacuna ou omissões da lei concursal deverá aplicar os princípios gerais de direito que informam o Direito Concursal. Ainda no mesmo Título, o artigo X⁷⁰ disponibiliza ajuda aos empresários que fica a cargo do INDECOPI (*Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual*) que facilita e promove a negociação entre credores e devedores, respeitando a autonomia privada quanto às decisões adotadas nos procedimentos concursais.

Não só afeita ao Direito Comercial, a matéria também desemboca em outros ramos do Direito. Em alguns, a presença do PPE é sentida de maneira mais contundente, já em outros, perde o brilho quando colide com princípios que tutelam direitos fundamentais.

Entretanto, cabe observar que o indivíduo prevalece sobre o Estado e não há na Constituição de 1988 qualquer norma que fundamente o contrário. Desse modo, ao elaborar, por exemplo, normas tributárias o legislador infraconstitucional tem como limite os princípios atinentes à matéria e também aqueles princípios gerais que amparam toda a Constituição.

O princípio da preservação da empresa se coloca como um limite ao poder de tributar. A doutrina, no Direito Tributário brasileiro, desponta no sentido de dar novos contornos ao PPE. Assim, em situações em que não há o reconhecimento do PPE como limite a ser observado pelo legislador tributário, surgem teorias favoráveis à sua aplicação, como observa Oscarino Arantes (2007):

⁶⁹ **Artículo IX. – Integración de la norma.** La autoridad no podrá dejar de resolver por defecto o deficiencia de las normas. En tal caso, aplicará los principios generales del derecho, especialmente aquellos que inspiran el Derecho Concursal. (Ibid.)

⁷⁰ **Artículo X. – Rol promotor del Estado.** El Estado, a través del INDECOPI, facilita y promueve la negociación entre acreedores y deudores, respetando la autonomía privada respecto de las decisiones adoptadas en los procedimientos concursales con las formalidades de ley. (Ibid.)

Especificamente no direito tributário, a preservação da empresa costuma ser negligenciada por nossos doutrinadores, não costumando ser relacionada entre os princípios constitucionais limitadores do poder de tributar. Apesar disso, é inegável que o princípio da preservação da empresa é norma de direito tributário, com indiscutível relevância e repercussão. (...) A expressão jurídica do princípio da preservação da empresa, deve ser entendida como norma jurídica fundamental de limitação do poder de tributar. Neste desiderato, como mui bem observou Helenilson Cunha Pontes (...): “Embora contumaz devedor tributário, um sujeito passivo jamais pode ver aniquilado completamente o seu direito à livre iniciativa em razão do descumprimento do dever de recolher os tributos por ele devidos aos cofres públicos. O Estado deve responder à impontualidade do sujeito passivo com o lançamento e a execução céleres dos tributos que entende devidos, jamais com o fechamento da unidade econômica”.

Engana-se o operador do direito que deixa de observar o caso de maneira holística, pois não há como conceber uma ação qualquer sem uma reação como resposta. Queiroz (2004, p. 25) afirma que “há 20 anos a carga tributária correspondia a 20% do PIB; hoje mais de 40% de toda riqueza produzida pelo País é transferida para o Governo”, alcançando o lugar de maior índice quando considerados os cinco anos antecedentes.

Isso, no entanto, não serviu para a melhoria dos serviços prestados pelo Estado brasileiro, muito pelo contrário, a riqueza arrecadada não foi convertida “em investimentos produtivos com retorno social ou em melhoria e ampliação dos serviços públicos de qualidade”. (QUEIROZ, 2004, p. 25)

Tem-se vivido no país uma onda de supertributação que afeta todo o sistema econômico, isso tem importância no dia-a-dia do empresário e da empresa, que opera sob pressão no pagamento dos impostos. O que está ocorrendo atualmente é algo nunca antes visto, a quantidade de escândalos envolvendo principalmente dinheiro público deixa ao empresariado o gosto amargo da traição, da má administração do erário e da cobrança excessiva para produzir mais, contribuir mais e receber menos.

A cobrança de tributos não pode ser realizada de maneira cega e alheia à situação econômica e social que se apresenta o país, pois se corre o risco do aniquilamento das pequenas unidades produtoras, o que ofenderia sobremaneira o dispositivo constitucional que prevê a proteção das micro e pequenas empresas.

O tratamento diferenciado se dá exclusivamente para que todos os agentes econômicos possam competir em pé de igualdade nos mercados em que atuam. A gana de arrecadação do Estado é um poder destruidor eficiente, e o povo

se mostra incapaz de controlar os desmandos dos governantes, que possuem tal arma em mãos.

O judiciário, a seu tempo, tem tido a função nada confortável de equilibrar forças com a fome de arrecadação estatal, todavia, como se viu em julgados históricos, por vezes protege o Estado, ignorando mesmo os direitos das pessoas, físicas ou jurídicas ali envolvidas.

No Direito do Trabalho, encontra-se alguma dificuldade na aplicação do PPE tendo em vista o valor do bem que tutela. Porém, não se pode olvidar que na análise do caso concreto o interesse coletivo deverá sobressair-se ao interesse individual. Nesse sentido, Vólia Bomfim Cassar (2006, p. 38) argumenta que a empresa é um centro de interesses econômicos e sociais e por isso merece ser preservada vez que “atende ao interesse coletivo na medida em que é fonte geradora de empregos, de tributos, de produção ou mediação de bens e funciona como válvula propulsora de desenvolvimento.”

Cassar (2006, p. 42 et. seq.) desenvolve raciocínio fundamentado na função social da empresa que merece destaque:

A funcionalização do uso da propriedade e, como conseqüência, do uso da empresa, deve ser pautada pelo bem-estar da coletividade, pelo bem-estar social. (...) a empresa gozará de autonomia e liberdade quando respeitar os direitos dos trabalhadores, tanto aqueles previstos em lei quanto aos relacionados ao trato, o meio ambiente, a livre concorrência, pagar os tributos, oferecer produtos sem ferir o direito do consumidor etc. A função social da empresa dirige-se aos casos em que a empresa, ao contratar, dê preferência, de acordo com os percentuais estabelecidos em lei, aos deficientes físicos ou às minorias; que trate com urbanidade e condições salubres seus empregados, que respeite seus direitos trabalhistas; que não discrimine o trabalhador em virtude de sexo, cor, idade, raça etc.

A autora, adotando o posicionamento de que a preservação da empresa é de *interesse público*, conclui que o princípio da preservação da empresa poderá se antepor ao princípio da proteção do trabalhador quando a existência da empresa estiver em discussão, “priorizando-se a empresa aos direitos trabalhistas de seus empregados.” Justifica seu posicionamento afirmando que “mantendo-se a empresa, mantêm-se os respectivos postos de trabalho, evitando desemprego, assim como suas finalidades sociais.” (CASSAR, 2006, p. 46).

Fazendo uma análise do impacto da falência nas relações de trabalho, Marcelo Moura e Luiz Marcelo Figueiras de Góes, são firmes em defender a aplicação do princípio da preservação da empresa, visto que este princípio tem

conquistado seu espaço nas legislações modernas em razão da importância da iniciativa privada para a *saúde econômica de um país*. (2007).

Contudo, não se pode querer que na satisfação de um crédito seja ele de que natureza for, aniquila-se a empresa em condições de reabilitação. A divisão das perdas, um princípio socialista, deve também ser aplicado ponderando-se que reabilitada, a empresa poderá pagar suas dívidas.

Decisões sensatas fazem do princípio da preservação da empresa um instrumento eficaz na manutenção do equilíbrio econômico e social, conforme se verá na última seção deste capítulo.

5.2 CLASSIFICAÇÃO A PARTIR DA TIPOLOGIA DAS NORMAS

Por tipologia das normas entendam-se as classificações propostas pelos teóricos que têm por objetivo dissecar a norma expondo seus vários tipos com suas diversas peculiaridades. Deve-se, entretanto, observar que a teoria moderna considera norma como gênero da qual são espécies as regras e os princípios. Muitas das teorias construídas sobre normas estão baseadas na visão clássica que diferenciava normas de princípios.

Em razão disso, os autores que buscam informações em autores clássicos, se deparam com a dificuldade de entender se as normas ali descritas são apenas as regras ou se são também os princípios.

Levando em consideração que norma é gênero e princípio é espécie, há que buscar uma nova concepção de norma. As classificações abaixo apresentadas sofrem com a incerteza da teoria clássica. No entanto, é imprescindível advertir-se que a leitura de tais teorias será feita tendo por certo a moderna teoria.

Silva representa a proposta de divisão clássica no Brasil, que apresenta as normas em três aspectos quanto a sua aplicabilidade e eficácia: i) Normas constitucionais de eficácia plena; ii) Normas constitucionais de eficácia contida; e, iii) Normas constitucionais de eficácia limitada. (SILVA, J., 2004, p. 82).

As que incidem imediatamente prescindindo de legislação complementar são as primeiras, por serem aquelas normas que desde seu

nascimento “produzem ou têm possibilidade de produzir todos os efeitos essenciais, relativamente a interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.” (SILVA, J., 2004, p. 101). Elas incidem diretamente sobre os interesses tutelados e as condições gerais de aplicabilidade se resumem ao aparato jurisdicional.

Por normas constitucionais de eficácia contida entendem-se aquelas que possuem aplicabilidade direta, imediata, mas, possivelmente, não integral. Nas palavras de Silva:

São aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados. (SILVA, J., 2004, p. 116)

Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que não receberam do legislador constituinte grau de normatividade que lhes possibilitem aplicação integral, imediata. O legislador ordinário deverá regulamentar a matéria atinente à norma para que esta possa vir a ter aplicação.

Silva faz uma classificação dessas normas afirmando que elas se dividem em: i) normas constitucionais de princípio institutivo; e, ii) normas constitucionais de princípio programático. (SILVA, J., 2004, p.118)

As primeiras são aquelas que indicam a criação de legislação posterior que lhes complete a eficácia e lhes dê a efetiva aplicação. Para Silva, tais normas “são (..) aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuição de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estructure em definitivo, mediante lei.” (2004, p. 126).

Por normas constitucionais de princípio programático, Silva entende serem aquelas “através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (...).” Conseqüência disso, é que elas funcionam como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.” (2004, p. 138).

Essas normas “traduzem os elementos sócio-ideológicos da Constituição, onde se acham os *direitos sociais*, tomada aqui, a expressão direitos

sociais num sentido abrangente também dos *econômicos e culturais*” (SILVA, J., 2004, p. 139).

Resta, mais uma vez o alerta de que José Afonso da Silva distingue *norma de princípio*, adotando a teoria desenvolvida por Canotilho de Vital Moreira (1991, p. 50) e que hoje já foi redesenhada por Canotilho nas atualizações feitas às suas obras. A despeito desse fato, a classificação de Silva merece destaque pois pioneira, dela derivou, por exemplo, a classificação proposta por Maria Helena Diniz.

Diniz (2003, p. 111), “tendo por critério a questão da intangibilidade e da produção dos efeitos concretos”, afirma que as normas constitucionais se dividem em quatro tipos: i) normas com eficácia absoluta; ii) normas com eficácia plena; iii) normas com eficácia relativa restringível; e, iv) normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação.

Normas de eficácia absoluta são intocáveis, invioláveis; elas sobrevivem enquanto vigente a Constituição da qual fazem parte. Sobre elas não incide nem mesmo o poder de emendar. “daí conterem uma força paralisante total de qualquer legislação que explícita ou implicitamente, vier a contrariá-las.” (DINIZ, 2003, p. 111) Tal força paralisante se mostra na imposição de limites “explícitos e implícitos, à competência da reforma constitucional.” (DINIZ, 2003, p. 113)

Diniz sustenta que esses preceitos detêm eficácia positiva, pois têm incidência imediata e são intangíveis; e negativa porque não permitem ser contrariados. “Daí sua força paralisante total e imediata, permanecendo intangíveis (...), exceto, por exemplo, por meio de revolução, que, com um ato de força pode destruí-las, criando outras, instaurando uma nova ordem jurídica.” (2003, p. 112)

Normas com eficácia plena são aquelas aptas a produzirem seus efeitos desde sua entrada em vigência “por conterem todos os elementos imprescindíveis para que haja a possibilidade da produção imediata dos efeitos previstos”. (DINIZ, 2003, p. 114).

A autora exemplifica tais normas afirmando que “consistem (...) nos preceitos que contenham proibições, confirmam isenções, prerrogativas e que não indiquem órgãos ou processos especiais para sua execução.” (DINIZ, 2003, p. 114) Estão esses preceitos sujeitos à reforma, revisão e emendas.

Correspondem, as normas com eficácia relativa restringível, àquelas normas que embora nasçam aptas a produzir seus efeitos, ou seja, de aplicabilidade imediata ou plena, podem vir a ser restringidas no caso e na forma que a lei

estabelecer. “São preceitos constitucionais que receberam do constituinte normatividade capaz de reger interesses, mas contém, em seu bojo, a prescrição de meios normativos ou de conceitos que restringem a produção de seus efeitos.” (DINIZ, 2003, p. 115)

Para Diniz, as normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa são aquelas que possuem aplicação mediata visto que precisam de legislação ulterior que lhes desenvolva a eficácia. A autora faz uma observação quanto aos efeitos positivos e negativos afirmando que apesar de não possuírem efeitos positivos até serem complementadas, as normas em comento possuem “eficácia paralisante de efeitos de normas precedentes incompatíveis e impeditiva de qualquer conduta contrária ao que estabelecerem.” (2003, p. 116)

Segundo a autora, as *normas com eficácia relativa dependente de complementação legislativa* dividem-se em i) normas de princípios institutivos, que são aquelas “que requerem que o legislador estabeleça, mediante leis complementares ou ordinárias, esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, para que tenham aplicação plena ou imediata” (DINIZ, 2003, p. 117); e, ii) normas programáticas que são aquelas que traçam “princípios a serem cumpridos pelos poderes públicos(...) como programas das respectivas atividades, pretendendo unicamente a consecução dos fins sociais do Estado.” (DINIZ, 2003, p. 118)

Tratando da eficácia das normas constitucionais sobre justiça social, Celso Antônio Bandeira de Mello (1981, p. 240), tece uma classificação simples, porém eficiente que faz frente às classificações tradicionais. Diz ele que as normas constitucionais atinentes à Justiça Social podem ser agrupadas em três espécies: i) As concessivas de poderes jurídicos, cujo exercício é imediato; ii) As que atribuem direito de fruir, de maneira imediata, benefícios jurídicos; e, iii) as que apontam finalidades.

A primeira hipótese trata daquelas normas que criam “posição jurídica imediata, de plena consistência ao administrador, prescindindo de qualquer regramento subsequente.” Os *poderes jurídicos* de que trata o enunciado se referem àqueles que para serem fruídos, dispensam atuação de terceiro e “requerem uma abstenção, uma omissa, em geral do Poder Público”. (MELLO, 1981, p. 242)

As normas que se enquadram no segundo tipo descrito pelo autor, são aquelas concessivas de “direito, propriamente dito, isto é, bem jurídico cuja

fruição depende de uma prestação alheia”. Nesse caso, deverá haver uma norma constitucional que projete a conduta do terceiro, em geral o Estado. (MELLO, 1981, p. 242)

Por normas que especificam finalidade podem-se entender aquelas que traçam um plano futuro sem, no entanto, fornecer os meios de execução de tal plano. Para Mello, tais normas têm uma importância basilar no ordenamento jurídico, pois obrigam os Três Poderes do Estado a agir conforme seu traçado.

Mello (1981, p. 243) conclui que as normas em comento conferem imediatamente à pessoa, em um primeiro momento o direito a “opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à prática de comportamentos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceito constitucional”, e também de “obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção preconizados por estas normas”, observada a matéria pertinente.

A sistematização proposta por Barroso (2006, p. 90) segue a orientação de Mello, todavia apresenta a norma constitucional em três categorias: i) normas constitucionais de organização; ii) normas constitucionais definidoras de direito; e, iii) normas constitucionais programáticas.

As normas constitucionais de organização, também chamadas de *normas de estrutura ou de competência*, são as leis denominadas pelo autor como “primeira expressão do Direito na ordem cronológica” (BARROSO, 2006, p. 91) e *destinam-se a ordenar o poder estatal, criar e estruturar entidades e órgãos públicos, distribuir as atribuições de cada um, assim como identificar e aplicar outros atos normativos*. (BARROSO, 2006, p. 91)

Em segundo, estão as normas definidoras de direitos fundamentais que o autor (BARROSO, 2006, p. 96) divide em quatro grupos: i) direitos políticos, que abrangem o direito de nacionalidade e o de cidadania; ii) direitos individuais, assim considerados como a *afirmação jurídica da personalidade pública*, que compreende *limitações ao poder político*, vez que dirigidos à proteção de valores relativos à vida, liberdade, segurança e propriedade, formando, assim, uma barreira de proteção do indivíduo em relação ao Estado; iii) direitos sociais, aqui incluídos também os direitos econômicos e culturais, os quais impõem ao Estado prestações positivas objetivando a melhoria das condições de vida e a redução das desigualdades sociais e econômicas, sendo assim podem ser considerados meios de proteção do indivíduo frente à dominação econômica de outros indivíduos; e, iv)

direitos coletivos e difusos, que desenvolvidos recentemente são espécies do gênero *direitos transindividuais*.⁷¹

Sobre as normas programáticas, Barroso explica que em um primeiro momento foram tidas como aquelas que servem apenas ao propósito de estabelecer princípios e fixar programas, “meras exortações morais, destituídas de eficácia jurídica.” (2006, p. 115) Contudo, após o rompimento da doutrina atual com a doutrina clássica, passou-se a reconhecer que as normas programáticas, assim como as demais normas constitucionais, possuem eficácia.

“Modernamente, a elas é reconhecido um valor jurídico idêntico ao dos preceitos da Constituição, como cláusulas vinculativas, contribuindo para o sistema através dos princípios, dos fins, dos valores que incorporam.” (BARROSO, 2006, p. 116)

Analisando o PPE e utilizando-se, para tanto, da classificação de Barroso, pode-se excluí-lo do tipo *norma de organização*, visto não organizar o poder estatal, não estruturar seus órgãos, tampouco distribuir competências.

Como “norma definidora de direito” paira a dificuldade de se estabelecer se o princípio estudado se encontra na esfera pública ou privada. Trata somente da preservação de propriedade privada – já que visa, à primeira vista, à manutenção de uma propriedade? Ou trata de estabelecer um equilíbrio econômico-social por meio da manutenção dos agentes econômicos?

A resposta desemboca em questionamentos multidisciplinares e por isso cabível uma pequena incursão no Direito Empresarial. A empresa é propriedade? Se propriedade, a quem pertence?

A empresa como *atividade econômica organizada para a produção de bens e/ou de serviços* pertence ao empresário⁷², que a desenvolve, é propriedade privada para fins de direito e como tal, tutelada pelo Estado.

Sendo assim, questiona-se se ao instituir que as empresas economicamente viáveis, que estejam vislumbrando uma situação de crise ou que já se encontrem em crise, deverão ser conservadas, preservadas ou ainda mantidas, o

⁷¹ Hugo Nigro Mazzilli explicando as espécies de direitos transindividuais afirma que: “Quanto às espécies de interesses transindividuais, denominam-se interesses ou direitos coletivos aqueles interesses indivisíveis em que os interessados são determináveis e possuem origem em uma relação jurídica. Já os interesses difusos, são aqueles indivisíveis originados em uma situação de fato, em que os interessados são indetermináveis. Por último, interesses individuais homogêneos são aqueles divisíveis, cujos interessados são determináveis e decorrentes de origem comum.” (2005, p. 15)

⁷² O termo empresário está aqui empregado como gênero do qual são espécies o empresário individual e a sociedade empresária.

PPE está definindo um direito do proprietário de tais empresas? Mais ainda, o proprietário⁷³ da empresa economicamente viável que se encontra em crise, ou em vias de, tem o direito de exigir do Estado que este aplique suas normas de forma a atender ao disposto no PPE? Traduz-se o PPE em um direito exigível se a propriedade atende à sua função social? Seria então o PPE um princípio de ordem privada?

O problema se apresenta maior pelo fato de que a preservação referida no princípio em comento não respeita somente a recuperação tratada na lei concursal, caso contrário ter-se-ia um princípio infraconstitucional afeito somente ao direito falimentar; diz respeito também à ordem econômica, pois construído a partir, por exemplo, dos vários princípios que integram o Capítulo I do Título VII da Constituição de 1988, o que leva à conclusão de que o PPE é um princípio constitucional de ordem pública.

Silva apresenta os diversos ramos da ciência jurídica e classifica o direito econômico como pertencente ao Direito Público e o direito comercial como pertencente ao Direito Privado. (SILVA, J., 2002, p. 33).

Como visto, o PPE transita entre o Direito Público e o Privado e classificá-lo, por isso, torna-se tarefa interessante.

De volta às classificações propostas, o PPE (e aqui entenda-se a empresa como a atividade necessária ao desenvolvimento econômico e social do país) não trata de indicar uma atuação estatal no sentido de manter o equilíbrio econômico e social? Se assim entendido, o PPE não se encaixa melhor no tipo “norma programática”?

Modernamente, as normas programáticas recebem a atenção destinada a todas as normas constitucionais, não mais sendo destacadas como aquelas definidoras de programas, sem imperatividade nem efetividade.

Regina Maria Macedo Nery Ferrari tratou das normas programáticas abordando novas teorias e conferindo o posicionamento atual acerca de tais preceitos. Lembra a autora, fundamentada em Miguel Reale, que apenas há espaço para se trabalhar a questão da efetividade das normas programáticas visto que a imperatividade é característica já defendida e aceita por todos. (2001, p. 172)

Explica Ferrari (2001, p. 173) que

⁷³ O empresário (pessoa física ou jurídica), tem personalidade e portanto é sujeito de direito.

Quando se fala em normas que indicam fins ao Estado, bem como o estabelecimento de programas para atingi-los, se está a considerar a materialidade das normas constitucionais, em que pese já estar pacificado o entendimento que qualquer que seja a matéria conteúdo da norma, o fato de estar inserida em uma Constituição formal, a faz compartilhar da mesma natureza de todas as suas outras normas, da sua imperatividade maior, da sua supremacia frente a todo universo jurídico normativo estatal.

Em razão do exposto, Ferrari conclui que posições clássicas, como a defendida por Del Vecchio, estão ultrapassadas, não mais se sustentam na atualidade (2001, p. 173). As normas programáticas por conterem programas “devem atender ao bem comum, única razão de ser do Estado (...)”. (2001, p. 174).

Segundo a autora, a questão fundamental que se levanta é saber se o “conteúdo do dever prescrito na norma [programática] é precisamente o fim a ser atingido, sem a determinação da conduta a realizar(...)”. Caberá neste caso ao destinatário da norma escolher os meios adequados à realização do fim prescrito. Porém tal fator, a discricionariedade, “não arranha ou diminui a obrigatoriedade de atingi-los.” (FERRARI, 2001, p. 175)

Ferrari expõe que se deve, antes de qualquer tentativa de conceituação genérica, observar as diversas características das normas programáticas. Iniciando pela *natureza* a autora afirma que como normas que fazem parte do complexo normativo identificado como Constituição, as normas programáticas “participam da mesma natureza de todas as outras que integram um diploma constitucional rígido, isto é, são dotadas de imperatividade suprema frente ao ordenamento jurídico por ele fundado”. Explica Ferrari (2001, p. 182) que as normas programáticas

são normas jurídicas que compartilham da mesma hierarquia, pois que todas as normas constitucionais encontram-se em um mesmo plano, de tal modo que as normas infraconstitucionais que com ela conflitem, quando posteriores, padecem de invalidade ou inconstitucionalidade, quando anteriores são automaticamente revogadas, e isso em virtude da necessária harmonia que deve reger um sistema jurídico. Isso impede que normas consideradas como programáticas, mas tidas como incomodas para a realização de políticas públicas, venham a não ser observadas, sob a alegação de que pela densidade de seu conteúdo possam vir a ser descartadas.

Outra característica observada por Ferrari é a do exercício de um poder discricionário na concretização do preceito, vez que ao apontar um objetivo, a

norma deixa a cargo do poder discricionário do Poder Público os meios de execução. A partir disso, conclui a autora que se considera poder discricionário a “liberdade dentro da Lei, nos limites da lei, admite-se que transcende o campo do Direito Administrativo e que povoa a esfera do legislador e até, em certa medida, a atuação do juiz. (FERRARI, 2001, p. 184)

Quanto aos destinatários da norma programática, a autora (2001, p. 118) afirma que são os poderes públicos e também os particulares, no caso das normas sociais e econômicas. Conforme cita Ferrari, o art. 170 da Constituição é um exemplo de norma programática que se dirige ao Estado e à sociedade “de tal modo que qualquer sujeito público ou privado, que age em sentido oposto aos princípios nela contidos, viola a Lei Fundamental”. (2001, p. 188)

Ferrari também traz a questão dos conceitos jurídicos indeterminados explicando que as normas programáticas por vezes foram identificadas como possuidoras de tais conceitos; entretanto, defende a autora que “nem todas as normas programáticas são única e exclusivamente repositórias desse tipo de conceitos (*sic*)” (2001, p. 201)

A autora faz também a diferenciação entre norma-princípio e norma-tarefa. Utilizando-se de Gustavo Zagrebelski afirma que as “normas programáticas dizem respeito ao fim, ao escopo, aos objetivos, já os princípios, ao início de uma ação normativa.” (FERRARI, 2001, p. 215)

Depois de exposta a norma programática, o princípio da preservação da empresa parece adequar-se à descrição produzida, pois visa a preservar a empresa, tendo por escopo reduzir as desigualdades sociais por meio da valorização do trabalho humano, a preservação da livre iniciativa, da propriedade privada, observada a sua função social e mais, garantir estabilidade na economia do país.

Vista sob o aspecto atual, o tipo *norma constitucional programática* é preceito que carrega em si a imperatividade e efetividade necessárias à sua aplicação. Assim, por exemplo, não pode o Judiciário deixar de aplicar tais normas alegando falta de norma infraconstitucional.

A doutrina também faz referência aos *conceitos jurídicos indeterminados*, como acima visto, muito comuns às normas programáticas. Respeito ao PPE, deve-se observar que seu conteúdo é desprovido de tais conceitos, uma vez que aduz à preservação da empresa economicamente viável, termos determinados e aferíveis.

Não se pode esquecer, entretanto, que o PPE além de fazer parte do gênero norma, se insere na espécie princípios e disso tratará o item seguinte.

5.3 CLASSIFICAÇÃO A PARTIR DA TIPOLOGIA DOS PRINCÍPIOS

O Objetivo deste item é identificar a classificação do PPE como princípio. Para isso, não se pode deixar de observar na sua construção a tipologia específica aplicada, até por isso, alhures, apresentou-se a posição de alguns autores sobre a matéria.

A importância do princípio da preservação da empresa reflete na esfera jurídica e econômica e se mostra um instrumento eficaz na harmonização da economia e também da sociedade. No entanto, para a sua utilização de forma satisfatória é preciso expô-lo, aberto, como o instrumento eficiente que é.

As diversas tipologias propostas são aqui apresentadas, obedecendo ao recorte teórico já estabelecido no Capítulo II. Algumas referências novas, contudo, fazem-se necessárias para melhor desempenho da missão classificatória proposta.

O PPE caracteriza-se como princípio inferido e implícito, consoante a doutrina de Ferreira Filho e Wróblewski, visto que deduzido da análise dos fundamentos e de outros princípios da ordem econômica, assim como princípios elencados em outros preceitos constitucionais como o art. 1º, inc. IV⁷⁴, art. 3º, incs. I, II, III⁷⁵ e art. 5º, caput e incs. XIII, XXII, XXIII⁷⁶, que afirma a inviolabilidade da propriedade, da liberdade e o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, apenas para ilustrar.

⁷⁴ “**Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...)IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;” (BRASIL, 2007, p.1)

⁷⁵ “**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; (...)”(Ibid., p.2)

⁷⁶ “**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; (...) XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (...)” (Ibid., p.4 et. seq.)

Muito embora Ferreira Filho (2005, p. 392) avenge a possibilidade de princípios prescritivos que possuam conteúdo de princípios inferidos, não diz da possibilidade de princípios inferidos serem revestidos de conteúdo prescritivo, vez que é taxativo em dizer que os prescritivos são expressos na Constituição.

O PPE não se reduz à esfera do Direito Comercial como um servo fiel; está afeito também ao Direito Econômico, ao Direito Tributário, ao Direito Ambiental, num rol não exaustivo. Ele se mescla às demais disciplinas, porém é princípio deduzido do texto constitucional e refletido na legislação infraconstitucional.

Segundo a classificação de Silva, os princípios apresentam-se como princípios político-constitucionais e princípios jurídico-constitucionais. O princípio da preservação da empresa se assemelha, em primeira análise, como um *princípio jurídico-constitucional*, face ao fato de que integra o “Direito Constitucional positivo, traduzindo-se em normas fundamentais, normas-síntese ou normas-matriz”. (SILVA, J., 2002, p.95)

Vale, mais uma vez, a observação que José Afonso da Silva utiliza-se de Canotilho e Moreira (1991, p. 50) que propõem essa classificação distinguindo *norma* de *princípio*, e, portanto, anterior à teoria atualmente proposta e aceita que classifica a norma como dicotômica, sendo ela o conceito geral que se divide nas espécies regras e princípios.

Canotilho (2000, p. 1128), já adequado à nova divisão teórica de norma, traz a seguinte tipologia dos princípios: i) Princípios jurídicos fundamentais (ou gerais); ii) Princípios políticos constitucionalmente conformadores; iii) Princípios constitucionais impositivos; e, iv) Princípios-garantia.

Poder-se-ia classificar o PPE, em um primeiro momento, como princípio impositivo, dada a sua natureza genérica de norma programática. Entretanto, deve-se levar em conta que nem mesmo sua natureza genérica está claramente definida, o que demanda uma análise melhorada. Como princípio jurídico fundamental ou princípio geral, o PPE aparenta estar mais bem classificado, dentre as propostas apresentadas por Canotilho.

Como princípio implícito na Constituição, é regente da interpretação e aplicação do direito positivo, além de propiciar uma integração dessas normas de forma a preservar a empresa e todos os bens a ela agregados como, por exemplo, o trabalho e o desenvolvimento econômico e social.

Grosso modo, na classificação de Barroso, que classifica os princípios constitucionais materiais quanto ao status e o grau de irradiação, o PPE se enquadra tanto como princípio geral quanto setorial.

Conforme a definição do autor (2004, p.375, n. 68), os princípios gerais têm caráter limitativo da atuação do Estado, *resguardando situações individuais*. O princípio da preservação da empresa tem a característica de limitar a atuação do poder Estatal, já que se traduz em um molde de atuação com finalidade de garantir a manutenção das empresas economicamente viáveis, garantindo com isso seus dependentes diretos e indiretos. Ainda atesta o autor que os princípios gerais são desdobramentos dos princípios fundamentais (incluem nesta categoria, segundo Barroso (2004, p. 375, n. 66), os objetivos indicados no art. 3º da CRFB)

Assim, se os *princípios gerais* são desdobramentos dos *princípios fundamentais*, e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização são classificadas pelo autor como princípios fundamentais; por consequência, o PPE como desdobramento de tais objetivos se enquadraria como *princípio geral*.

Porém, o PPE se identifica também como princípio setorial pois se manifesta em um setor *da Constituição*: da ordem econômica e financeira. Contudo, faz mister lembrar que no âmbito do Direito outros setores sofrem a incidência do princípio em estudo, como o tributário e o trabalhista.

Vale também a ressalva de que o PPE é formado pelos princípios e fundamentos da ordem econômica descritos no art. 170 da CRFB e também pelos princípios descritos no art. 1º, inc. IV, art. 3º, incs. I, II, III e art. 5º, caput e incs. XIII, XXII, XXIII exemplificativamente.

A dificuldade de identificar o PPE com classificações já postas apresenta-se maior em propostas classificatórias que especializam seus critérios, porque não há ainda um critério classificatório que leve em conta princípios imiscuídos no âmbito público e privado.

Todavia, cabe a observação de que situar o PPE em uma proposta classificatória é um movimento no sentido de dar uma forma didática ao objeto deste estudo, visto que não há até o momento qualquer iniciativa conhecida nesse sentido. Muitos tratam do princípio da preservação da empresa apenas no âmbito do Direito Comercial, sem, no entanto, atentar à sua estrutura e aplicações enquanto princípio constitucional que é.

Uma última etapa que trata da eficácia jurídica dos princípios se faz presente para melhor entendimento do PPE. A doutrina, aqui representada por Barroso e Ana Paula de Barcellos, tratou de demonstrar os efeitos pretendidos pelos princípios constitucionais, sendo que Barroso de forma mais sucinta aponta quatro tipos de eficácia: i) positiva ou simétrica; ii) interpretativa; iii) negativa; e, iv) vedativa de retrocesso. Barcellos estende-se além destas quatro e apresenta mais quatro: i) nulidade; ii) ineficácia; iii) anulabilidade; e, iv) penalidade.

Por *eficácia simétrica ou positiva* entende-se aquela capaz de *assegurar ao interessado a possibilidade de exigir os efeitos pretendidos pelo princípio diretamente, na via judicial se necessário.* (BARROSO, 2004, p. 377)

A *eficácia interpretativa* se revela no fato de o interessado poder exigir do Judiciário que as normas hierarquicamente inferiores sejam interpretadas conforme as normas hierarquicamente superiores. Isso se verifica até mesmo entre as normas constitucionais. Embora não se admita hierarquia entre normas constitucionais, existem aquelas que possuem *ascendência axiológica sobre o texto constitucional em geral.* (BARROSO, 2004, p. 378)

A autorização para que sejam declaradas inválidas as normas ou atos que sejam contrários aos efeitos pretendidos pela norma é chamada *eficácia negativa*. O conceito transportado aos princípios exige identificar quais os efeitos pretendidos pelo princípio constitucional confrontado.

Em razão disso, Barroso expõe que “os efeitos pretendidos pelos princípios podem ser relativamente indeterminados a partir de um certo núcleo; é a existência desse núcleo, entretanto que torna plenamente viável a modalidade de eficácia jurídica negativa”. (2004, p. 378)

Derivada da eficácia negativa, a *vedação do retrocesso* obsta a revogação de uma norma infraconstitucional, concretizadora dos princípios constitucionais correspondentes, que amplie os direitos fundamentais, sem que tal revogação seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. A eficácia vedativa do retrocesso impede o esvaziamento do princípio constitucional por meio da revogação da norma infraconstitucional que lhe dá concretude.

A eficácia jurídica denominada nulidade opera no plano específico da validade impedindo a produção de um efeito indesejado pela norma. Barcellos explica que “a modalidade de eficácia jurídica que possibilita exigir a declaração de nulidade do ato que viola a norma impede-o, como consequência e em regra, de

produzir efeitos válidos”; com isso a norma violada pelo ato e seu propósito permanecem preservados. (BARCELLOS, 2002, p. 62)

Outra modalidade apontada por Barcellos é a ineficácia que diz respeito a desconsiderar a existência de atos praticados em desconformidade com a ordem jurídica, “desconsiderando os efeitos que porventura pretendesse produzir”. (BARCELLOS, 2002, p. 64)

A anulabilidade possibilita ao interessado recorrer ao Judiciário para ver o ato maculado pela violação ser anulado, desse modo, os efeitos pretendidos pela norma podem ser restabelecidos. (BARCELLOS, 2002, p. 65)

A penalidade aplicada ao agente violador também é uma modalidade de eficácia, de forma mais primitiva, que não visa a produzir os efeitos pretendidos pela norma, mas influenciar o agente para que aja em respeito a ela. Segundo Barcellos (2002, p. 71), a “penalidade é utilizada, em geral, como a modalidade reserva de eficácia jurídica, isto é: emprega-se quando não é possível aplicar nenhuma outra mais consistente.”

Todo o estudo acerca da eficácia dos princípios tem por objetivo mostrar que princípios na visão na doutrina moderna possuem eficácia, porém tratam de mostrar qual a eficácia que os princípios caso a caso definitivamente possuem.

Dentre as modalidades de eficácia apresentadas por Barroso, pode-se concluir que o PPE dispõe de eficácia interpretativa, vez que há a possibilidade de se exigir a interpretação das normas em geral pela sua lente. Por exemplo, um devedor que esteja em fase de recuperação judicial, conforme a lei 11.101/2005, cumpre quase a totalidade dos pagamentos ali previstos deixando apenas um credor de quantia parca sem pagamento. Seria positivismo extremado aplicar o art. 61, § 1º⁷⁷ e o art. 73, inc. IV⁷⁸, sem antes analisar a situação posta.

Pelo princípio da preservação da empresa, o juiz deverá avaliar o caso posto, observando o valor inadimplido face ao montante já pago e à situação de viabilidade econômica atual da empresa em recuperação, para somente a partir

⁷⁷ “**Art. 61.** Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial. § 1º Durante o período estabelecido no caput deste artigo, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convolação da recuperação em falência, nos termos do art. 73 desta Lei. (...)” (Id., 2005)

⁷⁸ “**Art. 73.** O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial: (...) IV – por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º do art. 61 desta Lei.” (Ibid.)

daí decidir. Não há mais espaço para rigorismos exacerbados na aplicação da lei, pois esta foi criada tendo por fundamento um princípio, ou princípios constitucionais.

Partindo do exemplo dado, como poderá o juiz no caso concreto deixar de interpretar a norma infraconstitucional sob a ótica do PPE, se é justamente este princípio que a trouxe à vida? A rigor não pode, seria por demais incongruente, ferindo diretamente princípio constitucional.

Quanto à eficácia negativa, lembrando que aqui reside a inconstitucionalidade, faz jus o PPE à sua condição de norma constitucional; assim qualquer norma infraconstitucional ou ato contrário a ele deve ser declarado inválido. A questão se mostra polêmica quando se utiliza como exemplo dispositivos da LFR, que é a lei mais recente editada sob os auspícios do PPE.

O art. 83⁷⁹ da LRF classifica os créditos na falência; entre os primeiros estão os créditos com garantia real e a fazenda pública; entre os últimos os quirografários. Se se pensar que na falência ocorre apenas a liquidação do ativo e pagamento do passivo, os dependentes da empresa em extinção, ou seja, os credores quirografários que se compõem quase na sua totalidade por pequenos fornecedores, serão os mais prejudicados.

Enquanto que o Estado, que para todos os fins deveria proporcionar a preservação da empresa, é pago por primeiro, como credor superprivilegiado. Ou seja, essa ordem perversa que se estabeleceu, impede que empresas falidas voltem à vida. E isso não é utopia, no Paraná o caso mais conhecido é o da empresa *HM – Hermes Macedo*, que locando seus imóveis realizou o pagamento de todos os credores.

Exemplo inverso é o da *Arapuã* que antes de ter suas portas lacradas realizou compras para suas lojas levando um sem fim de pequenos fornecedores à falência. Isso poderia ser evitado se o dispositivo que determina a ordem dos créditos fosse invalidado, e a respectiva ordem revista tendo por norte o princípio da preservação da empresa.

⁷⁹ “**Art. 83.** A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho; II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado; III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias; IV – créditos com privilégio especial (...)” (Ibid.)

Por fim, o princípio da preservação da empresa muito embora ferramenta potente, não é utilizado da forma devida, pois apresenta-se como um grande limitador dos poderes do Estado.

5.4 ESTUDO DE CASOS

Algumas decisões exaradas pelo Judiciário, mesmo sem fazer referência direta, privilegiam o princípio da preservação da empresa. Outras, no entanto, apesar de referenciá-lo, demonstram não conhecê-lo. Este item se dedica a demonstrar tais situações.

A primeira situação apresentada trata-se de decisão do TRT 12ª Região proferida em fase de execução em ação trabalhista, cuja ementa segue:

Os princípios que regem a execução devem ser interpretados de forma sistêmica, levando-se em consideração a realidade vivenciada pela empresa executada. Sendo de conhecimento público e notório as sérias dificuldades financeiras pelas quais atravessa a executada, a gradação legal prevista no art. 655 do CPC perde força diante do princípio da execução menos gravosa ao devedor (art. 620 do CPC), e da primazia do coletivo sobre o individual. (grifos nossos) (BRASIL. TRT 12, 2005, ANEXO A)

No caso apresentado, o acordo regional negou provimento a recurso do reclamante que pretendia fosse determinada a realização de penhora sobre o faturamento da empresa. O juízo da execução, em primeira instância, indeferiu o pedido de penhora do faturamento, sob os argumentos de que 1) a empresa respeitou a disposição legal de oferecer bens a penhora, 2) a penhora sobre o faturamento acarretaria graves danos à saúde da empresa, 3) em conseqüência, os demais empregados seriam afetados pela impossibilidade de pagamento de salários ou até risco de perda do trabalho.

Muito embora alegando o princípio da execução menos gravosa ao devedor, e da primazia do coletivo sobre o individual, o julgador utilizou-se do princípio da preservação da empresa para garantir que aquela unidade produtiva sofresse danos econômicos irreparáveis e viesse a fechar suas portas. O mais importante, e é justamente aqui que o princípio toma corpo, é que o PPE visa a

manter a empresa a fim de garantir os postos de trabalho, assim como os pequenos fornecedores que orbitam em torno da empresa.

Uma visão holística da situação apresentada garante decisões acertadas. Não se pode pensar haver a sobreposição de um princípio sobre outro, tampouco no caso apresentado o princípio da proteção do trabalhador foi desconsiderado. Apenas chegou-se a conclusão de que vale mais a empresa funcionando, o que possibilitaria o pagamento da dívida trabalhista, do que o fechamento de suas portas, o que muitas vezes obsta por completo a satisfação do crédito trabalhista.

A proposta mais acertada é um plano de pagamento, um acordo mediado pelo próprio judiciário em que as partes vêem seus direitos e deveres tratados com parcimônia e coerência.

A Justiça do Trabalho preocupa-se em atender aos princípios inerentes ao Direito do trabalho, mas durante muitos anos preocupou-se mais em proteger os trabalhadores colocando os empresários no lugar destinado aos vilões. É certo que na luta de classes a parte mais fraca são os trabalhadores, contudo não se pode dizer que todos os “patrões” façam parte, igualmente, do lado mais forte da relação de trabalho.

Por muito tempo, as decisões trabalhistas simplesmente ordenavam a execução do empresário sem sequer atentar para as conseqüências advindas de tal ato decisório. Isso causou o agravamento de crises econômicas e financeiras e o fechamento de muitos agentes econômicos.

Importante ressaltar que os direitos dos trabalhadores não sofrerão qualquer dano na aplicação do PPE nas decisões, mas sim flexibilizados, nos termos da moderna doutrina.

A extinção da empresa para a satisfação de apenas um credor ou grupo de credores não pode justificar o fechamento de todos os postos de trabalho oferecidos pelo agente econômico. O entendimento dos tribunais tem mudado, fazendo evoluir as formas de composição entre empregados e empregadores.

A decisão abaixo apresentada trata de acórdão proferido pela 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região em Recurso Ordinário:

REDUÇÃO SALARIAL-ACORDO COLETIVO. Nos termos do inciso III do artigo 8º c-c inciso VI, parte final e inciso XXVI do artigo 7º, ambos da Carta Mandamental de 1988, este último que abriga a flexibilização salarial

mediante ajuste coletivo, não há como negar validade à pactuação firmada entre empregado e empregador e com homologação do Sindicato dos Trabalhadores, mormente quando evidenciado que empregador passava por dificuldades financeiras, em vias de rescindir todos os contratos do quadro funcional. Pertine registrar que a Carta Mandamental trata com exigüidade as possibilidades de flexibilização dos direitos sociais e certamente não com despropósito premia a autonomia negocial na estipulação do salário, o que revela acercamento das realidades sociais e econômicas vivenciadas igualmente por empregadores e empregados. (BRASIL. TRT 09, 2004, ANEXO B)

A decisão foi de todo acertada à realidade econômica e social pela qual passa o país. Em trecho da decisão, a relatora argumenta que devido ao disposto na CRFB em seu art. 8º, inc. III e art. 7º inc. VI, parte final e inc. XXVI, a pactuação de redução salarial nos termos em que foram realizados naquele caso, é plenamente válida e justificada pela situação de crise pelo qual visivelmente se encontrava o empregador.

A decisão acerta ao observar o disposto na CRFB, produzindo equilíbrio entre forças sempre concorrentes.

No acórdão nº 15009 da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, a seguinte decisão foi proferida:

ACORDAM os Senhores Desembargadores integrantes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. EMENTA: AÇÃO DE FALÊNCIA - PEDIDO FUNDADO NA IMPONTUALIDADE DO DEVEDOR - DÍVIDA DE PEQUENO VALOR - CARÊNCIA DE AÇÃO EVIDENCIADA. RECURSO DESPROVIDO - POR MAIORIA. (PARANÁ. TJPR, 2005, ANEXO C)

Embora a decisão se dê ainda sob a égide da Lei falimentar anterior (decreto-lei 7.661/45), já estava em vigor a Constituição de 1988, e a aplicação do princípio da preservação da empresa seria de todo cabível no caso que se apresenta.

O argumento utilizado, entretanto, foi o dado pela lei aplicável ao caso que ordenava fossem rejeitados pedidos de falência como forma coercitiva de pagamento de dívidas de pequeno valor. No entanto, mesmo esse argumento parte do fundamento da preservação da empresa.

Já a decisão abaixo, exarada pela 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, inovou ao relatar que **“o MM. Juiz tentou realizar conciliação entre as partes, a par de não estar prevista tal audiência no processo atinente**

à falência". Bem poderia o Juiz ater-se ao que dita a lei, mas procurou formas de solução do conflito.

DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores integrantes da 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso. EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE FALÊNCIA. IMPONTUALIDADE. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO. APELAÇÃO. INSURGÊNCIA RECURSAL QUE SE MOSTRA DIGNA DE ACOLHIMENTO. NÃO EVIDENCIADO QUALQUER DEFEITO NA INTIMAÇÃO DOS PROTESTOS. DEVEDORA QUE NÃO IMPUGNOU A VALIDADE DOS ATOS CONSTRITIVOS, HAVENDO ASSIM QUE SE CONFERIR TOTAL VERACIDADE ÀS CERTIDÕES EMITIDAS PELOS CARTÓRIOS DE PROTESTOS. CARACTERIZADA A INSOLVÊNCIA DA EMPRESA, TENDO SIDO ATENDIDOS TODOS OS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 1º DO DECRETO-LEI 7661/45 (IMPONTUALIDADE). APELADA QUE DEIXOU DE QUITAR AS DUPLICATAS NOS RESPECTIVOS VENCIMENTOS, TENDO OS TÍTULOS SIDO DEVIDAMENTE LEVADOS A PROTESTO. NÃO REALIZADO O DEPÓSITO ELISIVO. NÃO EVIDENCIADA RELEVANTE RAZÃO DE DIREITO HÁBIL A EVITAR A QUEBRA. DOCUMENTO EXPEDIDO PELO SERASA QUE DÁ CONTA DA EXISTÊNCIA DE DIVERSOS TÍTULOS PROTESTADOS, ALÉM DE DOIS FINANCIAMENTOS REFERENTES A DÍVIDAS FISCAIS. CONSTATADA A "PLURALIDADE DE CREDORES", INFERINDO-SE ASSIM QUE O EMPREENDIMENTO EFETIVAMENTE ESTÁ EM CRISE. DECRETADA A FALÊNCIA DA EMPRESA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. A melhor doutrina explícita que a insolvência - para efeitos de decretação de falência - é de ser tomada em sua acepção jurídica (e não econômica). Nesse mister, bem leciona o professor Fábio Ulhoa Coelho: "Para fins de decretação de falência, o pressuposto da insolvência não se caracteriza por um determinado estado patrimonial, mas pela ocorrência de um dos fatos previstos em lei como ensejadores da quebra. Especificamente, se a sociedade empresária for, sem justificativa, impontual no cumprimento de obrigação líquida (LF, art. 1º) ou se praticar ato de falência (LF, art. 2º), cumpre-se o pressuposto da insolvência jurídica. Quer dizer, demonstrada a impontualidade injustificada ou o ato de falência, mesmo que a sociedade empresária tenha patrimônio líquido positivo, com ativo superior ao passivo, ser-lhe-á decretada a falência." (Curso de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 229/230) 2. Em todo caso, ainda que se considerasse como necessária a demonstração da "pluralidade de credores" (a fim de se constatar o comprometimento da viabilidade da empresa) tal requisito se faz presente na situação em tela. De acordo com documento expedido pelo SERASA, estariam pendentes trinta e seis protestos, lavrados contra a apelada, além de dois financiamentos perante instituição financeira (REFIN). 3. Portanto, in casu, não há que se falar na aplicação do "princípio da preservação da empresa". Todo o esforço que se faz para se alcançar os "fins sociais" do Decreto-Lei 7661/45 justifica-se na expectativa de manutenção do empreendimento, com vistas a preservar-se empregos, receitas tributárias, bem como a própria estrutura do mercado. Em contrapartida, se o devedor dá francos sinais de que está em crise não há porque se "contornar" a literalidade dos dispositivos da lei falimentar; ao revés, o interesse geral (dos credores e da própria sociedade) reclama que a empresa seja dissolvida, a fim de que se evitem males maiores. (PARANÁ. TJPR, 2007, ANEXO D)

Ressalte-se, contudo que algumas inovações, que interferem diretamente no âmbito processual podem ser perigosas por não fornecerem o passo seguinte, o que acaba por prejudicar o andamento do processo.

O acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça refere-se a Recurso Especial em execução fiscal:

EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO À PENHORA DE BENS DE TERCEIRO. ORDEM LEGAL. ART. 11 DA LEF. SÚMULA N. 7/STJ.

1. A execução fiscal se processa no interesse do credor, a fim de satisfazer o débito cobrado. Outrossim, o processo executivo deve dar-se da forma menos gravosa para o executado, **em nome do princípio da preservação da empresa** (art. 620 do CPC). 2. A controvérsia sobre a não-aceitação pelo credor dos bens oferecidos à penhora, em sede de execução fiscal, e a observância de que o processo executivo se dê da maneira menos gravosa ao devedor requerem atividade de cognição ampla por parte do julgador, com a apreciação percuciente das provas carreadas aos autos, o que é vedado em sede de recurso especial por força da Súmula n. 7 do STJ. 3. Firmou-se no STJ o entendimento de que a ordem estabelecida nos arts. 11 da Lei n. 6.830/80 e 656 do CPC para a nomeação de bens à penhora não tem caráter rígido, devendo sua aplicação atender às circunstâncias do caso concreto, à potencialidade de satisfazer o crédito e à forma menos onerosa para o devedor. 4. Recurso especial não-conhecido. (BRASIL. STJ, 2005, ANEXO E) (grifos nossos)

Já foi mencionado neste trabalho que a observância do PPE deveria ser feita inclusive pelo legislador tributário. Timidamente, o Judiciário toma à frente e devolve o equilíbrio em que os desmandos do Estado em sua fome de arrecadação costumam agravar crises e gerar falências.

Muito poderia ser evitado, se o princípio da preservação da empresa fosse mais bem aproveitado nas questões em que incide. A cautela do Judiciário se justifica em razão do PPE não ter a mesma atenção dado a outros princípios constitucionais e assim sua aplicação será sempre uma inovação.

Não se pode esperar, entretanto que o legislativo, espontaneamente observe o PPE ao legislar em matéria tributária ou mesmo em matéria comercial, pois como já visto, mesmo a lei que deveria recuperar empresas, e na qual se diz haver a presença mais marcante do PPE, apresenta algo de inconstitucional, quando mantém como supercredor a fazenda pública. Basta uma comparação com legislações estrangeiras como a francesa e a mexicana para se entender tal afirmação.

6 CONCLUSÃO

O capitalismo é hoje o mais flexível e sobrevivente sistema político-econômico já utilizado. Enquanto outros sistemas tiveram sua glória e depois definham até o completo desaparecimento, o capitalismo resiste depois de sobreviver aos demais sistemas político-econômicos e hoje está temperado pela evolução da história econômica mundial, mas seu desaparecimento tal qual bradado por Marx está longe de ocorrer.

O capitalismo teve influência no liberalismo econômico que faz uso da sua lógica, porém os princípios são aqueles defendidos pelo liberalismo político, quais sejam: i) liberdade, ii) igualdade e iii) propriedade.

O liberalismo foi uma conquista de classe produtora, que possuindo acesso à recém-descoberta fonte de energia, o carvão, pode aumentar sua produção e assim aumentar sua lucratividade. Para preservar esses interesses, o Estado precisava ater-se somente ao mínimo necessário à manutenção da ordem, não deveria ingerir na questão econômica. Assim, o liberalismo alcançou também a economia, e trouxe com ele algumas peculiaridades de cunho essencialmente individualista.

A força motriz do liberalismo é um exército de desempregados prontos a vender sua mão-de-obra por preços irrisórios, por isso, proclama o enxugamento do Estado com o fim de exercer suas atividades livremente. Entretanto, uma sociedade liberal não pode sobreviver sem o Estado, pois é ele que garantirá a ordem fiscal e monetária, a segurança econômica e a propriedade.

A intervenção do Estado tornou-se necessária para corrigir os desmandos do liberalismo econômico, que provou ser incapaz de manter os componentes do mercado em uma saudável convivência.

Assim, surge o Estado Intervencionista arrogando à ordem econômica finalidade de assegurar a todos uma existência digna. Coube ao Estado, então, participar mais ativamente do processo econômico, para garantir a justiça social.

No Brasil, o legislador constituinte de 1988, optou pela primazia da iniciativa privada, mas firmou formas de intervenção estatal no domínio econômico para conter abusos de diversas naturezas.

Vê-se, pois, que as formas de intervenção do Estado no domínio econômico podem se dar de diversas maneiras e seu fim é a manutenção do equilíbrio do mercado. Atuam no mercado as empresas titulares dos efeitos do princípio da preservação da empresa, que sofrem a influência direta da globalização muitas vezes gerando a crise que leva ao desaparecimento.

A crise na empresa, ou seja, na atividade desenvolvida pelo empresário, tem profundas repercussões sociais e econômicas como o desemprego, o desaparecimento de unidades produtivas, e com isso deixa o país de arrecadar.

A moderna doutrina mundial trata a extinção da empresa como o último recurso, dando vivas às tentativas de saneamento.

A necessidade de preservar a empresa foi trazida à luz em decorrência do Código Civil Italiano de 1942, que unificou a matéria civil e comercial em uma única codificação e passou a refutar a teoria dos atos de comércio, adotando a teoria da empresa que tem como núcleo a atividade econômica organizada e dirigida ao mercado.

Em face da concorrência entre empresas comerciais e não-comerciais, fixaram-se estreitas relações entre Direito e Economia que não podem ser desconsideradas ou menosprezadas.

Os comercialistas em geral adotaram o conceito econômico de empresa, transportando-o para o direito. Nesse sentido, teorias e concepções próprias da economia passaram a ser adotadas dando ênfase à interdisciplinariedade.

O *mercado* ou *mercados* fruto do capitalismo e do liberalismo econômico é um mecanismo que proporciona a realização de troca entre pessoas. Não é um lugar definido no espaço, mas, sim a relação instituída entre oferta e demanda, identificado pelo tipo de troca que ele realiza.

A existência do mercado se deve à existência da propriedade privada. Seria um tanto insensato afirmar que em um regime, por exemplo, comunista, exista mercado, pois este não prescinde da livre iniciativa que por sua vez só é possível havendo propriedade privada.

Por atuar nesses campos mesclados e recém-atados, o PPE precisa ser localizado como princípio constitucional. Afinal, sua classificação como norma ainda não foi estudada.

Os princípios constitucionais são o fundamento da ordem jurídica e possuem papel primordial no sistema jurídico. Possuem a função básica de trazer unidade e harmonia a todo o arcabouço de normas existentes em um determinado sistema, porém outras tantas funções também lhes são destinadas.

Os autores em geral concordam que os princípios constitucionais são as normas fundantes de um sistema jurídico. Mas o consenso sobre a matéria cessa aí; princípios, hoje, ainda carecem de conceituação objetiva.

Sob essa ótica, a pluralidade de conceitos e pensamentos é o que dá significado aos princípios, visto que são aplicados a todo instante, muito embora alguns julgadores ainda se sintam desconfortáveis em aplicá-los sem ter o apoio de uma regra.

Revelando as normas constitucionais, mostrando sua forma, eficácia e aplicação surgiram diversos critérios distintivos.

No critério clássico (ou tradicional) de distinção entre regras e princípios, atesta-se a existência de três teorias: uma forte, uma débil e uma que nega a distinção entre regras e princípios tratando a ambos como objetos idênticos.

Convencionou-se distinguir regras de princípios afirmando que as regras se esgotam em si mesmas, diferentemente dos princípios que possuem papel constitutivo do ordenamento jurídico. Pode-se afirmar também que vários métodos podem ser utilizados na interpretação das regras, mas apenas poucos na interpretação dos princípios. Isso porque, cabe na interpretação dos princípios, essencialmente, uma interpretação a partir da ética.

Conclui-se que todos os critérios até o momento apresentados pela jurisprudência com intuito de serem eficazes na diferenciação de regras e princípios são incompletos ou pecam por alguma deformidade que causam à estrutura da norma.

Independentemente da classificação, os princípios possuem três importantes funções: a diretiva-limitativa, a interpretativa, e a integrativa. Essas funções sintetizam a incidência dos princípios no ordenamento jurídico.

Recordar os fundamentos e princípios da ordem econômica é fundamental, pois o princípio da preservação da empresa se liga de modo íntimo a cada um deles. A livre iniciativa, a liberdade de iniciativa econômica, a dignidade da pessoa humana representada pela valorização do trabalho humano a busca do pleno emprego e a propriedade privada e sua função social fornecem ao PPE seus

pilares de sustentação. A livre concorrência, o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, a defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente, são conseqüências de sua atuação.

A construção de um princípio pode se dar de diversas maneiras, não só na escrita do dispositivo correspondente ao princípio, mas também, na organização de idéias que exprimem seu conteúdo.

A necessidade de preservar as empresas viáveis, geradoras de empregos, aumentou mundialmente após a 2ª Grande Guerra, em razão dos fatos históricos antecedentes como a grande depressão americana (1929) que acabou espalhando a crise pelo mundo através da dependência que muitos países tinham em relação à economia americana.

Roosevelt propôs um grande levante para a manutenção das empresas nacionais, adotando para tanto medidas para aumentar as exportações subsidiando os preços dos produtos no mercado interno.

Essa demonstração de poder aplicado ao desenvolvimento serviu de lição aos países em desenvolvimento, vez que conteve a fórmula do progresso. Mas não é um modelo absoluto.

O SEBRAE, em pesquisa realizada sobre a taxa de mortalidade das empresas de pequeno porte em todo o Brasil e suas causas, concluiu que a região Sul detém o maior índice de mortalidade do país – 52,9% para as empresas constituídas em 2002 e 60, 1% para as constituídas em 2001. Apurou-se um desperdício econômico que chega a 19,8 bilhões de reais, além da extinção de 2,4 milhões de postos de trabalho.

A recuperação e o fortalecimento das empresas que operam e geram riquezas e postos de trabalho para o brasileiro, devem permear a legislação nacional. Nesse passo, o princípio da preservação da empresa se mostra na sua mais básica função: a de orientar a legislação infraconstitucional.

O princípio da preservação da empresa (PPE) não deve ser confundido com a recuperação da empresa, pois o primeiro visa à conservação da empresa, mesmo aquelas que não estão em crise e o segundo é instituto que diz respeito à recuperação da empresa em crise que busca tutela estatal.

A partir do momento em que a empresa, vista como atividade, possibilitou a execução de serviços essenciais à sociedade, passou ela a ter sua

importância sobrelevada e o estudo de sua sanidade econômica passou a interessar não só aos economistas, mas também aos juristas.

A empresa converteu-se em força motriz da atividade de muitas comunidades, tanto que se pode assistir ao aparecimento de comunidades ao redor de sua sede e que dependem exclusivamente dela para sua subsistência. Assim, preservar a empresa é preservar a comunidade, vez que os salários pagos pelo empresário possibilitam acesso à saúde, educação e lazer que antes não seriam possíveis.

A importância da empresa não se prende exclusivamente à sua capacidade de produzir lucro, mas sim na produção de riqueza de modo geral, por sua localização, pelo seu porte, prestação de serviços à comunidade e outras tantas facetas que até então não haviam sido reveladas.

Legislações estrangeiras como a da Espanha, abrem-se ao PPE de modo eficaz, pois o devedor que voluntariamente pede falência pode juntamente com seu pedido e apresentando plano de viabilidade, apresentar proposta antecipada de acordo com seus credores, o que mostra uma tendência à manutenção da empresa viável.

Na França, a preservação da empresa se mostra mais contundente, quando a lei prevê uma fase pré concursal com mecanismos de prevenção e alerta. Além de conter um dispositivo de prevenção em que as pessoas que exercem atividade mercantil ou artesanal que se encontre em dificuldades financeiras, econômicas ou jurídicas conhecidas ou previsíveis, podem recorrer ao *Tribunal de Commerce ou Tribunal de Grande Instance*, conforme seja o caso, que nomeará um conciliador cuja missão será promover a conciliação entre o devedor e seus credores com o fito de recuperar a saúde da empresa.

Observando a legislação francesa, percebe-se que há situações em que a empresa deve ser incentivada a permanecer no mercado, mesmo que não esteja *ainda* insolvente. E há situações em que o empresário já insolvente necessita de medidas firmes para que não chegue ao estado de falência. E há ainda situações em que leis devem ser feitas tendo como limite a preservação da empresa.

No México, a *Ley de Concursos Mercantiles* esclarece logo de início que a lei concursal é de interesse público, pois configura interesse público conservar as empresas e evitar as conseqüências da extinção desmesurada.

Prefere a lei mexicana a recuperação da empresa à sua extinção para pagamento dos credores, o que permite concluir que, flexibilizando os planos de reorganização e sua forma de obtenção perante o juízo falimentar, a lei incentiva o acordo entre credores e devedores para evitar a falência.

No Peru, a legislação falimentar estabelece que os objetivos do sistema concursal é a permanência da unidade produtiva, a proteção do crédito e o patrimônio da empresa e sua finalidade é propiciar um ambiente idôneo para a negociação entre os credores e o devedor submetido ao concurso.

Mas não só na legislação falimentar incide o PPE, incide ele também nas diversas áreas do Direito com que se relaciona. No Direito Tributário brasileiro, a doutrina desponha no sentido da aplicação do PPE como limite aos abusos tributários. No Direito do Trabalho, embora se encontre dificuldade na aplicação do PPE, já há decisões que o privilegiam expressamente.

Considerado como norma – gênero no qual são espécies as regras e os princípios – o PPE não pode ser considerado como “norma de organização”, vez que não organiza o poder estatal, não estrutura seus órgãos, tampouco distribui competências. Entretanto, a dificuldade está em estabelecer se seria, então “norma definidora de direito” ou “norma programática”. Difícil estabelecer-se também se o princípio estudado, encontra-se na esfera pública ou privada.

A resposta desemboca em questionamentos multidisciplinares que poderão ser respondidos segundo o ponto de vista escolhido pelo observador.

O PPE encaixa-se tanto como norma definidora de direitos como norma programática.

Atualmente a *norma constitucional programática* é preceito que carrega em si a imperatividade e efetividade necessárias à sua aplicação. Se assim considerado, o PPE deverá ser aplicado não podendo o Judiciário deixar se esquivar alegando falta de norma infraconstitucional. Já o Legislativo, deverá produzir leis que tenham o PPE como fundamento, afinal ele também define um objetivo a ser alcançado.

A importância do princípio da preservação da empresa reflete na esfera jurídica e econômica e se mostra um instrumento eficaz na harmonização da economia e também da sociedade. Entretanto, para a sua utilização de forma satisfatória é preciso expô-lo, aberto, como o instrumento eficiente que é.

Por ser princípio, o PPE caracteriza-se como *princípio inferido e implícito*, na doutrina de Ferreira Filho e Wróblewski; *princípios jurídico-constitucionais*, na doutrina de José Afonso da Silva; *princípio impositivo*, dada a sua natureza genérica de norma programática e *princípio jurídico fundamental ou princípio geral*, na proposta de Canotilho. Como *princípio geral* e também como *princípio setorial*, na classificação de Barroso.

Dentre as modalidades de eficácia apresentadas por Barroso, pode-se concluir que o PPE dispõe de eficácia interpretativa, vez que há a possibilidade de se exigir a interpretação das normas em geral pela sua lente, isso em razão, de ser o fundamento, o norte da lei.

Quanto à eficácia negativa, faz jus o PPE à sua condição de norma constitucional, assim, qualquer norma infraconstitucional ou ato contrário a ele deve ser declarado inválido.

Denota-se certa dificuldade de identificar o PPE com classificações já postas. Entretanto, em razão das modernas teorias em que o princípio independente de sua classificação possui imperatividade e eficácia, deve-se atentar à exigência de seu cumprimento.

Nos moldes postos, o princípio da preservação da empresa é um instrumento que deve ser estudado a fim de ter sua aplicação estendida, ampliada. A dificuldade, todavia, será apresentar uma fórmula eficiente e sensata que vença as barreiras já postas, propondo uma integração entre as disciplinas envolvidas, tendo por fundamento a sustentabilidade.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki (coord). **La Normatividad Del Derecho**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMARAL, Luiz O. **Os Transgênicos e o Consumidor Brasileiro**. Disponível em: <http://www.procon.go.gov.br/artigodoutrinario/artigo_dout_87.htm>. Acesso em: 12 fev. de 2007.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A liberdade de iniciativa econômica. Fundamento, natureza e garantia constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Ano 23, n. 92, out/dez 1986.

ARANTES, Oscarino. **Princípio da preservação da empresa como norma do direito tributário**. Disponível em: <<http://www.normaslegais.com.br/trib/2tributario280806.htm>>. Acesso em: 20 jan. de 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Economia y Estado: crisis y reforma del sector público**. Madrid: Marcial Pons, 1993.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ÁVILA, Humberto. Princípios e regras e a segurança jurídica. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 1, jan./mar. de 2006.

_____. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. **Constituições Brasileiras: 1946**. 2. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. 5 v.

BARBOSA, Alessandra de Abreu Minadakis. A propriedade em Locke: o conceito liberal de propriedade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 869, 19 nov. de 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7601>>. Acesso em: 21 mar. de 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. São Paulo: Saraiva, 1986.

BEAUD, Michel. **História do Capitalismo: de 1500 aos nossos dias**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade Social das Empresas**. [S.l.: s.n., 199_?].

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova Lei de Recuperação e Falências comentada**. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, comentário artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____; FERRAZ, Luiz Augusto de Souza Queiroz. **Recuperação de empresas: voando pelo imaginário**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=8202>. Acesso em: 16 set. de 2005.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BONILHA, Cláudio; FISCHER, Ronald; LÜDERS, Rolf; MERY, Rafael; TAGLE, José. **Análisis y recomendaciones para una reforma de la ley de quiebras**. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=rafael_mery>. Acesso em: 25 fev. de 2007.

BRASIL. **Constituição Brasileira de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 18 fev. de 2007.

_____. **Constituição Federal**: (emendas constitucionais ns. 1 a 53 devidamente incorporadas). 4. ed. São Paulo: Manole, 2007.

_____. **Constituições Brasileiras**: 1967. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999. 6a v.

_____. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 02 mar. de 2007.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 346212/SP. (2001/0108584-5). Rel. Min. João Otávio de Noronha. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data do Julgamento 15/12/2005. Publicação: 20.02.2006. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revista_eletronica/ita.asp?registro=200101085845&dt_publicacao=20/02/2006>. Acesso em: 22 mar. de 2007.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 752488/RS (2005/0083835-0). Rel. Min. Franciulli Netto. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data do Julgamento 18/08/2005. Data da Publicação: 13.03.2006. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500838350&dt_publicacao=13/03/2006>. Acesso em: 22 mar. de 2007.

_____. **Tribunal Regional do Trabalho 9. Região**. 4ª Turma. Des. Rel. Sueli Gil El Rafihi. Processo: nº: 00005.2003.018.09.00-2. Origem: 1. Vara de Londrina. Autor: Marcos Antonio de Castro. Réu: Maracaju Veículos Ltda. Acórdão nº 03353/2004: Publicação: 27-02-2004. Disponível em: <http://www.trt9.gov.br/movimentacao/pesquisa_movimento.asp?Id=BHWUHOHLC=RMPGV<4+9?QM>.-0-.@2//1>@KHUSFT@D@EHMCM@>. Acesso em: 22 mar. de 2007.

_____. **Tribunal Regional do Trabalho 12. Região**. 2ª Turma. Des. Rel. Geraldo José Balbinot. Processo: nº: 02136-2004-030-12-00-2. Origem: 4ª vara de Joinville. Autor: Alírio Fritzen. Réu: Cipla indústria de materiais de construção s.a. Acórdão nº 11407/2005: Publicação: 15-09-2005. Disponível em: <http://www2.trt12.gov.br/scripts/juris/jnum.asp?nr_ac=11407&ano_ac=2005&action=Consultar>. Acesso em: 22 mar. de 2007.

BULGARELLI, Waldirio. **Sociedades Comerciais**: sociedades civis e sociedades cooperativas; empresas e estabelecimento comercial: estudo das sociedades

comerciais e seus tipos, conceitos modernos de empresa e estabelecimento, subsídios para o estudo do direito empresarial, abordagem às sociedades civis e cooperativas. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CALSAMIGLIA, Albert. Ensaio sobre Dworkin. **Caderno PET-Jur**, n. IV. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/patdwork.html>. Acesso em 10 fev. de 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almeida, 2000.

CARBONEL, Miguel (coord). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

CARVALHO, Rubens Miranda de. Dignidade humana, o super-princípio constitucional. In VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (coord). **Princípios Constitucionais Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins**. São Paulo: Lex Editora, 2005.

CASSAR, Vólia Bomfim. A ponderação entre o princípio constitucional da proteção ao trabalhador e a preservação da empresa: a função social da empresa sob o enfoque trabalhista. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**, São Paulo, Ano II, n. 11, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 3. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor na Constituição brasileira de 1988. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, Ano XXIX (Nova Série), n. 80, out./dez. de 1990.

COMUNIDADE EUROPEIA (CE). **Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo**, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia. Diario Oficial nº L 160 de 30/06/2000 p. 0001 – 0018. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000R1346:ES:HTML>>. Acesso em: 24 abr. de 2007.

CUÉLLAR, Leila. Abuso de Posição Dominante no Direito de Concorrência Brasileiro. In CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: M. Limonad, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Norma Constitucional e Seus Efeitos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EFING, Antonio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2004.

ESPANHA. **Ley 22/2003**, de 9 de Julio, Concursal. Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/L22-03.htm#t3c2s2>>. Acesso em: 19 jan. de 2006.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FARIA, Werter R. **Constituição econômica, liberdade de iniciativa e de concorrência**. Porto Alegre: SAFE, 1990.

FARINA, Elizabeth M. M. Q. Prefácio. In ZYLBERSZTAJN, Decio; STAJN, Rachel (coord). **Direito e Economia**. São Paulo: Elsevier, 2005.

FERRARI, Regina Maria Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1994. 6 v.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990-1995. 4 v.

_____. **Curso de Direito Constitucional** – atualizado até a emenda Constitucional n. 45/2004. 31. ed., rev., amp., atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERRI, Giuseppe. **Manuale di diritto commerciale**. 3. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Intervenção do Estado no Domínio Econômico e Breves Considerações sobre as Agências Reguladoras. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, Ano 1, n. 2, abr./jun. de 2003.

FINATI, Claudio Roberto. O Valor social do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, 1996.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito Econômico**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Forense, 2004.

FRANÇA. **Código de Comercio**. Disponível em: <<http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=esp&c=57>>. Acesso em: 25 jan. de 2007.

GARCIA-PELAYO ALONSO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. 4. ed. Madri: Rev. de ocidente, 1957.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Manual de Direito Comercial**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HABERT, Nadine. **A década de 70: apogeu e crise da ditadura militar brasileira**. São Paulo: Ática, 1996.

HECK, Luís Afonso. Regras, Princípios Jurídicos e sua Estrutura no Pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (org). **Dos princípios constitucionais – Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

HEILBRONER, Robert L. **O capitalismo do século XXI**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

HUNT, E. K; SHERMAN, Howard J. **História do pensamento econômico**. 18. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

ISKANDAR, Jamil Ibrahim. **Normas da ABNT comentadas para trabalhos científicos**. 2. ed., rev. e amp. Curitiba: Juruá, 2005.

JUNKES, Sérgio Luiz. A justiça social como norma constitucional. **RESENHA ELEITORAL - Nova Série**. Tribunal Regional Eleitoral - SC. Disponível em: <<http://www.tre-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/junkes2.htm>>. Acesso em 20 dez. de 2006.

LEITE, George Salomão (org). **Dos princípios constitucionais – Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

MAJNONI D'INTIGNANO, Béatrice. **A fábrica de desempregados**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

MARANHÃO, Délio. Sujeitos do Contrato de Trabalho. In SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003. 1 v.

MARTINEZ, Ana Paula. A proteção dos consumidores pelas normas concorrenciais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 52 , p. 7-36, out./dez. de 2004.

MARTINS, Fran; ABRÃO, Carlos Henrique. **Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades empresárias, fundo de comércio**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MARX, Karl. **O capital**. Tradução e condensação de Gabriel Deville. 2. ed. Bauru-SP: Edipro, 2003. (Coleção Clássicos)

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **O manifesto comunista**. Tradução Maria Lúcia Como. 16. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. (Coleção Leitura)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista Direito Público**, V. 14, n. 57/58, p. 233, jan/jun de 1981.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de; NEGRÃO, Ricardo. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Campinas: Bookseller, 2000. 1 v.

MÉXICO. **Ley de Concursos Mercantiles**. Disponível em: <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/32/4.htm?s=>>. Acesso em: 06 jan. de 2006.

MONCADA, Luís S. de Cabral. **Direito econômico**. 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MORAES, Guilherme Pena de. **Direito constitucional – Teoria da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo da Economia, a Ponderação de Interesses e o Paradigma da Intervenção Sensata. In CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MOURA, Marcelo; GOÉS, Luiz Marcelo Figueiras de. **Os efeitos da falência nas relações materiais e processuais de trabalho**. Disponível em: <[http://www.amb.com.br/portal/docs/artigos/OS%20EFEITOS%20DA%20FAL%3%8ANCIA%20NAS%20RELA%3%87%3%95ES%20MATERIAIS%20E%20PROCESSUAIS%20DE%20TRABALHOdoc%20\(1\).doc](http://www.amb.com.br/portal/docs/artigos/OS%20EFEITOS%20DA%20FAL%3%8ANCIA%20NAS%20RELA%3%87%3%95ES%20MATERIAIS%20E%20PROCESSUAIS%20DE%20TRABALHOdoc%20(1).doc)>. Acesso em: 20 abr. de 2007.

MOURA, Paulo C. **A crise do emprego: uma visão além da economia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Mauad, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado e legislação extravagante**: atualizado até 2 de maio de 2003. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NICZ, Alvacir Alfredo. **A liberdade de iniciativa na constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

O'BRIEN, Esteban Carbonell. Breves apuntes de la novíssima Ley de Concursos peruana o Ley nº 27809. **Revista Internauta de Prática Jurídica**, n. 12, enero-junio, 2003. Disponível em: <http://www.ripj.com/art_jcos/artjuridicos/art.12_13_14/Breves%20apuntes%20de%20la%20nov%C3%ADsima%20Ley%20de%20Concursos%20peruana%20o%20Ley%20n%C2%BA_%2027809.htm>. Acesso em: 25 abr. de 2007.

PARANÁ. **Tribunal de Justiça**. Processo: 175612-3 Apelação Cível. 5ª Vara Cível Maringá. Órgão Julg.: 5ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Fernando Vidal de Oliveira. Revisor: Desembargador Waldemir Luiz da Rocha. Acórdão n.15009.

PARANÁ. **Tribunal de Justiça**. Processo: 386347-2 Apelação Cível. Comarca: Vara Cível e Anexos do Foro Regional de Colombo da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba. Órgão Julg.: 17ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Lauri Caetano da Silva. Revisor: Desembargador Renato Naves Barcellos. Acórdão 5775.

PASTORE, José. **A agonia do emprego**. São Paulo: LTr, 1997.

PERU. **Ley General del Sistema Concursal**. Disponível em: <http://www.portalconcursal.com/informacion/legislacion/vigente/Ley_27809.pdf>. Acesso em: 25 abr. de 2007.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Perfil Constitucional das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico. In GRECO, Marco Aurélio (coord). **Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins**. São Paulo: Dialética, 2001.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. São Paulo: Makron Books, 1999.

POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras: 1934**. 2. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. 3 v.

PORTO, Walter Costa. **Constituições Brasileiras: 1937**. 2. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. 4 v.

PRIETO SANCHÍS, Luís. **Ley, principio, derechos**. Madrid: Dykinson, 1998. (Cuadernos "Bartolomé De Las Casas")

_____. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. In CARBONEL, Miguel (coord). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

_____. **Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

QUEIROZ, Jorge. **Turnaround Corporativo: navegando em períodos de turbulência**. Florianópolis: IBGT/IBRADD, 2004.

REALE, Miguel. Inconstitucionalidade de congelamentos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, Opinião, Caderno A, p. 3, 19 out. de 1988.

REQUIÃO, Rubens; REQUIÃO, Rubens Edmundo. **Curso de direito comercial**. 25. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. 1 v.

RIVERA, Julio César. **Instituciones de derecho concursal**. 2. ed. actual. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003. 1 v.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. 2. tiragem (com acréscimos). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função Social do Contrato: primeiras anotações. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, Nova Série, Ano XLII, n. 132, out./dez. de 2003.

SANDRONI, Paulo. **Dicionário de Economia**. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Best Seller, 1989.

SANTINI, Gerardo. Soluciones jurídicas al estado de crisis de la empresa em los sistemas de economía de mercado. **Jornadas Sobre La Reforma Del Derecho Concursal Español**. Madrid: Editorial Civitas, 1982.

SANTOS, Milton. **Por uma Outra Globalização: do pensamento único à consciência universal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

_____. **Por um Modelo Brasileiro de Modernidade**. Disponível em: <<http://fsc.ufsc.br/~marilena/milton.html>>. Acesso em: 20 set. de 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5. ed., rev., atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHWARTZMAN, Simon. **Consciência Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <<http://www.schwartzman.org.br/simon/ambiente.htm>>. Acesso em: 3 jan. de 2007.

SEBRAE. **Fatores condicionantes e taxa de mortalidade de empresas no Brasil**. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/br/mortalidade%5Fempresas/index.asp>>. Acesso em: 24 abr. de 2007.

SILVA, Américo Luís Martins da. **Introdução ao direito comercial**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Comentário Contextual à Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed., rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional nº 35). São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SILVA, Paulo Henrique da. **A valorização do trabalho como princípio Constitucional da Ordem Econômica Brasileira**. Curitiba: Juruá, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito** – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SKIDMORE, Thomas E. **Brasil de Castelo a Tancredo, 1964-1985**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

SOARES, Evanna. **O Princípio da Razoabilidade no Direito do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.prt22.mpt.gov.br/trabevan6.htm>>. Acesso em 10 dez. de 2005.

STAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa**. São Paulo: Atlas, 2004.

STEWART JR., Donald. **O que é o liberalismo**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1988.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico Brasileiro**. 2. ed., rev. atual. São Paulo: Método, 2006.

VATICANO. **Encíclica Centesimus Annus**. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus_po.html>. Acesso em: 1 mar. de 2007.

_____. **Encíclica Rerum Novarum: condição dos operários**. Petrópolis: Vozes, 1991. (Documentos pontifícios; 2).

_____. **Quadragesimo anno**: sobre a restauração e aperfeiçoamento da ordem social. Petrópolis: Vozes, 1945.

VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (coord). **Princípios Constitucionais Fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Lex Editora, 2005.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

WOOD, Ellen Meiksins. **A Origem do Capitalismo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Sentido y Hecho en el Derecho**. 2. reimpressão. México: Fontanamara, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil: ley, derechos, justicia**. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.

ZYLBERSZTAJN, Decio; STAJN, Rachel (coord). **Direito e Economia**. São Paulo: Elsevier, 2005.

ANEXOS

ANEXO A
Acórdão n. 11407/2005

EMENTA:

EXECUÇÃO. PRIMAZIA DO COLETIVO. Os princípios que regem a execução devem ser interpretados de forma sistêmica, levando-se em consideração a realidade vivenciada pela empresa executada. Sendo de conhecimento público e notório as sérias dificuldades financeiras pelas quais atravessa a executada, a gradação legal prevista no art. 655 do CPC perde força diante do princípio da execução menos gravosa ao devedor (art. 620 do CPC), e da primazia do coletivo sobre o individual.

ACÓRDÃO:

TRT 12ª REGIÃO. Ac.-2ª T- n. 11407/2005. Processo: Nº: 02136-2004-030-12-00-2. Local de Origem: 4ª Vara De Joinville. Autor: Alírio Fritzen. Réu: CIPLA Indústria de Materiais de Construção S.A. Acórdão nº 11407/2005. Data de publicação: 15-09-2005.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO DE PETIÇÃO, provenientes da 4ª Vara do Trabalho de Joinville, SC, sendo agravante ALÍRIO FRITZEN e agravado CIPLA INDÚSTRIA DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO S.A. Inconformado com a decisão de fl. 229, da lavra da Exma. Juíza Mari Eleda Migliorini, que indeferiu a penhora sobre o faturamento da executada, recorre a esta Corte o exeqüente. Contraminuta é apresentada pela executada, pugnando pela manutenção da decisão revisanda. A Procuradoria Regional do Trabalho manifesta-se pelo regular prosseguimento do processo, ressalvando a possibilidade de intervir durante a sessão de julgamento, se assim entender necessário.

É o relatório.

V O T O

Conheço do agravo do autor, uma vez que satisfeitos os pressupostos legais de admissibilidade: tempestividade (fls. 230 e 231), representação processual (fl. 08), lesividade (fl. 229). A matéria está devidamente delimitada. Também conheço da contraminuta da executada por tempestiva (fls. 236 e 238) e subscrita por procuradoras regularmente constituídas (fl. 21).

MÉRITO

Penhora do faturamento

A matéria tratada no presente agravo de petição cinge-se à análise da possibilidade de deferimento da penhora sobre o faturamento da empresa, em respeito à ordem legal prevista no art. 655 do CPC, em contraposição à penhora de bem indicado pela executada, em razão do princípio da execução menos gravosa prevista no art. 620 do CPC e da primazia do coletivo sobre o individual. A executada ofereceu à penhora um molde, 627, injeção porta do armário n.1, em bom estado de conservação, avaliado em R\$ 49.000,00 (quarenta e nove mil reais) e um molde, 119, luminária esférica média, em bom estado de conservação, avaliado em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) (fl. 219). O exeqüente não concordou com o bem oferecido, aduzindo que o valor é inferior ao seu crédito e que não foi respeitada a gradação legal da penhora e requereu o deferimento da penhora de 10% do faturamento mensal, até o limite executado (em torno de R\$ 40.000,00, em dezembro de 2004 – fl. 223). A emérita Julgadora *a quo* indeferiu a pretensão, nos termos expostos à fl. 229, fundamentando suas razões de decidir, em síntese, na dificuldade financeira passada pela executada, que se encontra sob gestão dos empregados. Ocorre que a empregadora encontra-se em situação financeira crítica, fato público e notório na região. É sabido que a executada está sendo gerida por uma comissão de empregados, inclusive com a intermediação do Ministério Público do Trabalho, que visou principalmente à manutenção de cerca de 1.200 postos de trabalho. Em que pese aos ditames da norma insculpida no art. 655 do CPC, tenho que, na hipótese dos autos, impende observar que o deferimento da pretensão do agravante causará sérias repercussões na situação de todos os demais empregados que laboram na empresa agravada, de cuja contraprestação dependem para sustento próprio e do grupo familiar. Assim, as disposições legais que regem a matéria (arts. 655 e 620, ambos do CPC) devem ser interpretadas de forma sistêmica, levando em conta a situação real vivenciada, buscando resolver a finalidade precípua da execução, que se traduz na satisfação dos créditos do exeqüente, de forma célere, sem olvidar da situação crítica em que se

encontra a devedora, procedendo-se à execução pelo modo menos gravoso, uma vez que há fortes indícios, noticiados nos autos, de que a penhora sobre o faturamento, bem como sobre conta corrente ou fundos de investimentos da empresa, poderá dificultar as atividades empresariais. Coadunando desse entendimento, colhe-se da jurisprudência:

PENHORA DE BENS. PRINCÍPIOS OBSERVADOS. O Juiz condutor da execução, considerando o interesse do credor (art. 655 do CPC) frente ao do devedor (art. 620 do CPC), busca atender tanto o direito do credor de agilizar a execução quanto o do devedor de ser executado pelo modo menos gravoso. (Acórdão nº 7219/2003 - Juíza Lourdes Dreyer - Publicado no DJ/SC em 30-07-2003)

Registro que, contrariamente à assertiva do exeqüente no sentido de que o valor dos bens indicados é insuficiente à garantia da execução, verifico que a soma dos bens totaliza R\$ 64.000,00 (fl. 219), importância superior ao montante em execução (fl. 223). Diante desse contexto, tenho como correta a decisão de primeiro grau, que deve ser mantida, por seus próprios fundamentos. Nego provimento ao agravo. Pelo que,

ACORDAM os Juízes da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DO AGRAVO**. No mérito, por igual votação, **NEGAR LHE PROVIMENTO**.

Custas na forma da lei.

Intimem-se.

Participaram do julgamento realizado na sessão do dia 23 de agosto de 2005, sob a presidência da Exma. Juíza Marta Maria Villalba Fabre, os Exmos. Juízes Geraldo José Balbinot e José Ernesto Manzi. Presente o Exmo. Procurador do Trabalho Luiz Carlos Rodrigues Ferreira.

Florianópolis, 09 de setembro 2005.

JUIZ GERALDO JOSÉ BALBINOT

Relator

ANEXO B
Acórdão n. 03353/2004



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO

Acórdão nº AC.03353/04 4ª Turma

TRT-PR-00005/2003-018-09-00-2(RO-10413-2003)



REDUÇÃO SALARIAL – ACORDO COLETIVO –

Nos termos do inciso III do artigo 8º c/c inciso VI, parte final e inciso XXVI do artigo 7º, ambos da Carta Mandamental de 1988, este último que abriga a flexibilização salarial mediante ajuste coletivo, não há como negar validade à pactuação firmada entre empregado e empregador e com homologação do Sindicato dos Trabalhadores, mormente quando evidenciado que empregador passava por dificuldades financeiras, em vias de rescindir todos os contratos do quadro funcional. Pertine registrar que a Carta Mandamental trata com exiguidade as possibilidades de flexibilização dos direitos sociais e certamente não com despropósito premia a autonomia negocial na estipulação do salário, o que revela acercamento das realidades sociais e econômicas vivenciadas igualmente por empregadores e empregados.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO** provenientes da **MM 10ª VARA DO TRABALHO DE CURITIBA-PR**, sendo recorrente **MARCOS ANTONIO DE CASTRO** e recorrido **MARACAJU VEÍCULOS LTDA**.

I. RELATÓRIO

Inconformado com a r. decisão de primeiro grau de fls. 130/142, proferida pela Exma. Juíza do Trabalho Dra. *Ana Paula Seffrin Saladini*, em 23.06.03, que julgou parcialmente procedentes os pedidos, recorre o Autor a este E. TRT.

W



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO

TRT-PR-00005/2003-018-09-00-2(RO-10413-2003)

fls. 2

O Autor aduz suas razões recursais em 26.06.2003, fls. 143/150, pretendendo a reforma do julgado quanto à: a) Cerceamento de Prova – Jornada de Trabalho; b) Minutos Residuais; c) Adicional de Insalubridade – Base de Cálculo; d) Diferença Salarial.

Intimado o Réu a apresentar contra-razões ao Recurso do Autor. Contra-razões pelo Réu às fls. 154/166, em 01.09.03.

A d. Procuradoria Regional, na forma do artigo 6º, XV, da Lei Complementar nº 75/93 e artigo 83, II, do CPC, emitiu o parecer de fls. 170/171, exarado pelo d. procurador regional do trabalho Dr. *Alvacir Correa das Santos*, opinando pelo não provimento do Recurso quanto ao Cerceamento de Defesa.

É o relatório.

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. ADMISSIBILIDADE

ADMITO o Recurso Ordinário do Autor porque preenchidos os pressupostos de admissibilidade, assim como as correlatas contra-razões.

2. MÉRITO

2.1 RECURSO ORDINÁRIO DO AUTOR

2.1.1 CERCEAMENTO DE PROVA – JORNADA DE



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO

TRT-PR-00005/2003-018-09-00-2(RO-10413-2003)

fls. 3

TRABALHO

Rebela-se, o Recorrente, ao entendimento de que a jornada laboral estaria comprovada nos cartões ponto por força de concordância tácita. Diz que a controvérsia foi instaurada desde a petição inicial em que restou assente que a jornada não era corretamente anotada em controles de jornada.

Sem razão.

O Réu acostou com a peça de defesa os cartões ponto do período contratual – fls. 70/76.

Em manifestação à defesa e documentos o Reclamante expende: “4.1 *A reclamada pagava as horas extras e o adicional noturno em número e quantidades menores até mesmo daquelas constantes dos horários constantes dos cartões de ponto, mesmo considerando-se apenas a jornada do autor declinada na defesa*” (fl. 125).

Ainda: “4.2 *O autor efetuou os demonstrativos com base nas jornadas contratuais indicadas pela reclamada e constante dos controles de jornada.*” (fl. 126).

Em momento algum, portanto, impugna os cartões ponto quanto aos horários ali assentes. Ao contrário, o demonstrativo de fl. 127, do mês de janeiro de 1999 (início em 21.12.98) cotejado com o cartão de fl. 72 revela a estrita observância dos horários neste consignados.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO

TRT-PR-00005/2003-018-09-00-2(RO-10413-2003)

fla. 4

Reza o artigo 334, inciso III do CPC e/c artigo 769 da CLT, que *“Não dependem de prova os fatos: ... III – admitidos, no processo, como incontroversos;”*.

Nesse sentido, emerge inequívoca a fidedignidade dos cartões ponto na manifestação à defesa e documentos. Portanto, não importa cerceamento de defesa o indeferimento da produção de prova quanto à jornada de trabalho ensejada pelo autor na Audiência de fl. 128.

MANTENHO.

2.1.2 MINUTOS RESIDUAIS

Afirma, o reclamante, que os minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho constituem tempo à disposição do empregador e devem ser remunerados como hora extra. Nega efeitos à Lei 10.243/2001.

Sem razão.

Há muito reza a Orientação Jurisprudencial nº 23 do C. TST:

“23. Cartão de Ponto. Registro. Não é Devido o Pagamento de Horas Extras Relativamente aos Dias em que o Excesso de Jornada Não Ultrapassa de Cinco Minutos Antes e/ou Após a Duração Normal do Trabalho. (Se Ultrapassado o Referido Limite, Como Extra Será Considerada a Totalidade do Tempo que Exceder a Jornada Normal).”

W



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO

TRT-PR-00005/2003-018-09-00-2(RO-10413-2003)

fls. 5

Considerando os cartões-ponto trazidos à colação verifica-se que há ocasiões em que se faz incidente a regra em apreço, quando os minutos residuais não extrapolam o limite de cinco.

Assim sendo, nada há a ser reparado.

MANTENHO.

2.1.3 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – BASE DE CÁLCULO

Rebela-se, o reclamante, ao não deferimento de diferenças de adicional de insalubridade sobre o salário contratual. Aduz que a vinculação ao salário mínimo passou a ser inconstitucional a partir de outubro de 1988.

Ainda sem acerto.

Segundo a Douta maioria desta 4ª Turma do E. TRT 9ª Região, o adicional de insalubridade deve ser calculado sobre o salário mínimo.

Prevalece no C. Tribunal Superior do Trabalho, contando inclusive com Súmulas e Orientação Jurisprudencial, esta última da SBD1-1, o entendimento de que o adicional de insalubridade deve incidir, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988, sobre o salário mínimo, não tendo sido revogada a legislação consolidada quanto ao tema.

1



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO

TRT-PR-00005/2003-018-09-00-2(RO-10413-2003)

fls. 6

Tal posicionamento baseia-se no fato de que a vedação constante do art. 7º, IV, da Constituição da República visa a evitar a indexação da economia e, dessa forma, impedir que a variação do salário mínimo, em virtude de sua vinculação, constitua um fator inflacionante. Não pretendeu o legislador constituinte dissociar o salário mínimo de sua real finalidade, qual seja, servir como padrão de equivalência mínima a ser observada entre trabalho e contraprestação pecuniária.

Nesse sentido é a Orientação Jurisprudencial nº 2 da SBDI-1 da Colenda Corte Superior Trabalhista, bem assim os seguintes julgados, transcritos como precedente jurisprudencial:

"ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – BASE DE CÁLCULO
– O adicional de insalubridade possui natureza salarial e é parcela suplementar do ganho obtido pelo empregado que presta serviços em condições agressivas à saúde. A Constituição Federal, ao proibir a vinculação do salário mínimo "para qualquer fim" (artigo 7º, inciso IV), não pretendeu dissociá-lo ou afastá-lo de sua própria finalidade, ou seja, do padrão de contraprestação mínima devida ao empregado, mas, sim, impedir seu uso como indexador ou padrão monetário básico de outros tipos de obrigação. Por conseguinte, longe de ofender a Carta Política, revela-se perfeitamente legítimo o entendimento de que o adicional de insalubridade pode ter como base de cálculo o salário mínimo, porque este serve de suporte ao princípio da equivalência mínima a ser observada entre trabalho e contraprestação pecuniária e também porque ambos possuem idêntica natureza, ou seja, são verbas salariais. Inalterabilidade de tal entendimento frente ao disposto no art. 7º, inciso XXIII, da CF/88. Recurso de revista conhecido e provido." (TST – RR 365090 – 4ª T. – Rel. Min. Milton de Moura França – DJU 24.05.2001 – p. 653).

W



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO

TRT-PR-00005/2003-018-09-00-2(RO-10413-2003)

fls. 7

"AÇÃO RESCISÓRIA - VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO - 1. Pedido de desconstituição de acórdão que defere adicional de insalubridade tomando por base de cálculo remuneração total do empregado. 2. Viola o art. 192 da CLT decisão que defere adicional de insalubridade calculado sobre a remuneração, uma vez que a base de cálculo para o pagamento do referido adicional é o salário mínimo (Simula n.º 228, TST)." (TST - ROAR 505161 - SBDJ 2 - Rel. Min. João Oreste Dalazen - DJU 16.03.2001 - p. 702)

Ademais, cumpre ressaltar que não deve ser adotado o salário contratual como base de cálculo, por pelo menos dois fundamentos jurídicos. A uma, porque o adicional de insalubridade integra o complexo salarial e, nesta condição, compõe a própria remuneração. A duas, porque a adoção deste para efeitos de cálculo daquele importaria em efeito cascata, com odioso *bis in idem*.

Finalmente, porque não há fundamento jurídico para tanto, uma vez que não consta do ordenamento jurídico pátrio qualquer fonte formal de direito a amparar a tese recursal.

MANTENHO.

2.1.4 DIFERENÇA SALARIAL

Rebela-se, o Reclamante, ao entendimento de que a redução salarial nos vencimentos, a partir de abril de 2000 não encontra validade legal.

Sem razão.

W



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO

TRT-PR-00005/2003-018-09-00-2(RO-10413-2003)

fls. 8

Na inicial o Reclamante alega que em maio de 2000 a composição salarial foi unilateralmente alterada de modo que o pagamento antes realizado à base de comissões (21,5% sobre os próprios serviços) passou a ser estipulado de forma fixa, gerando redução salarial. Invoca o artigo 7º, VI da Constituição – fl. 04.

Em defesa, o Réu invoca prescrição total vez que a alteração contratual que modificou a forma de pagamento de salários ao reclamante, de comissões para fixo, ocorreu em 01.11.99. No mérito, alega que a alteração contratual ocorreu através de Acordo Coletivo de Trabalho. Diz que o instrumento foi pactuado porque a recorrente estava em situação financeira difícil, tendo comunicado a todos os empregados o término de seus respectivos contratos, sendo que alguns empregados (o reclamante e outros três) procuraram manter os contratos, ainda que para isto tivesse de haver redução salarial. Ressalta a existência de chancela sindical no pactuado. Invoca a parte final do inciso VI do artigo 7º da Constituição Federal – fls. 43/48.

Necessário analisar, de plano, a prescrição invocada.

Cediço que atualmente vige sistema jurídico pátrio, no caso de alteração contratual, o Enunciado de Súmula da Jurisprudência Uniforme do C. TST nº 294, *in verbis*:

“Tratando-se de demanda que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei”. (Res 4/1989 DJ 14-04-1989).

W



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO

TRT-PR-00005/2003-018-09-00-2(RO-10413-2003)

fls. 9

Bem se sabe que a Constituição Federal de 1988 alterou profundamente o prazo prescricional concernente às ações trabalhistas: ampliou-o de dois anos (CLT, art. 11) para cinco anos na vigência do contrato de emprego, limitado a dois anos da extinção deste (C.F./88, art. 7º, inciso XXIX – EC 28, 25.05.00). A norma constitucional, destarte, afirma que a prescrição é de cinco anos quando em curso o contrato e de dois anos na hipótese de cessação do contrato.

Na interpretação do preceptivo, a corrente majoritária defende a existência de dois prazos prescricionais, ou de um único prazo prescricional de cinco anos com termo final até dois anos após a rescisão contratual. No caso, entende-se que o empregado dispõe de dois anos após a ruptura do contrato para pleitear a reparação de lesões do quinquênio anterior ao ajuizamento da ação. Desse modo, os prazos são excludentes.

A despeito das acirradas cizânias acerca dos efeitos do nulo no contrato laboral, com a edição da Súmula 294 do C. TST pacificou-se o entendimento de que em se tratando de direito cuja fonte é o próprio contrato (ou seja, resultante do simples ajuste ou acordo de vontade entre as partes), o prazo prescricional começa a fluir do momento em que o empregado toma conhecimento da alteração como um bloco, como um fato instantâneo e real.

Neste caso, como o contrato se encontra em curso, decorridos cinco anos da alteração, abusiva ou não, consuma-se a prescrição total do direito de ação, inclusive dos salários que, por acaso, tenham deixado de ser pagos em virtude da alteração



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO

TRT-PR-00005/2003-018-09-00-2(RO-10413-2003)

fls. 10

contratual.

Importa, nesta hipótese a alteração contratual propriamente dita, e não os efeitos patrimoniais da alteração nula, isto é, as acessórias e conseqüentes diferenças salariais. Ora, cuidando-se de violação à cláusula que resguarda o interesse individual, privado, o prazo de prescrição da ação **para anular o ato** começa a fluir a partir da ciência da violação do direito.

No caso concreto, todavia, comprovado que a alteração contratual se deu em 04.11.99 – fl. 95, não transcorreram mais de cinco anos da alteração contratual, sendo improcedente a prescrição alegada.

Quanto à alteração contratual propriamente dita, não há como negar validade ao Acordo Coletivo de Trabalho de fl. 95 que previu modificação na forma de remuneração dos empregados signatários, a partir de 01.11.99, que deixaram de ser comissionados para perceberem salário fixo (cláusula segunda). Dentre os quatro empregados participantes da transação está o Reclamante, Sr. Marcos Antonio de Castro.

No Acordo foram apostas as assinaturas do Autor e da Ré, com a homologação do Sindicato dos empregados no Comércio de Londrina (fl. 95, v.) e mediante protocolo perante o Ministério do Trabalho (DRT, fl. 95 v.).

Nos termos do inciso III do artigo 8º c/c inciso VI, parte final e inciso XXVI do artigo 7º, ambos da Carta Mandamental de 1988, este último que abriga a flexibilização salarial mediante ajuste coletivo, inequívoca a validade da pactuação.

211



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO

TRT-PR-00005/2003-018-09-00-2(RO-10413-2003)

fls. 11

Assim, ausente nulidade na alteração contratual, que, em última análise, não foi unilateral, mas sim ajustada de comum acordo entre trabalhador e empregador, e com a chancela da entidade sindical representativa do trabalhador.

Releva notar que o Reclamante não nega a tese de que o empregador estava passando por entraves financeiros, o que, ademais, fica evidenciado no acordo, em que apenas quatro trabalhadores são partícipes, demonstrando-se o estreitamento do quadro funcional.

Nessa esteira, pertine registrar que a Carta Mandamental trata com exiguidade as possibilidades de flexibilização (artigo 7º) e certamente não com despropósito premia a autonomia negocial na estipulação do salário, o que revela acercamento das realidades sociais e econômicas vivenciadas igualmente por empregadores e empregados.

Desta forma, merece ser mantida a r. sentença que entendeu pela validade da alteração contratual estipulando nova forma de remuneração mediante ajuste com participação do Sindicato da categoria.

MANTENHO.

Pelo que,

ACORDAM os Juizes da Quarta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM ADMITIR O RECURSO**



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO

TRT-PR-00005/2003-018-09-00-2(RO-10413-2003)

fls. 12

ORDINÁRIO DO AUTOR assim como as correlatas contra-razões. No mérito, sem divergência de votos, **EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.**

Custas na forma da lei.

Intimem-se.

Curitiba, 10 de Dezembro de 2003

Sueli Gil El Rafihi

SUELI GIL EL RAFIHI

RELATORA

CIENTE:

Alvair Correa dos Santos
ALVAIR CORREA DOS SANTOS
PROCURADOR REGIONAL DO TRABALHO

Rd

ANEXO C
Acórdão N° 15009

EMENTA:

DECISÃO: ACORDAM os Senhores Desembargadores integrantes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. EMENTA: AÇÃO DE FALÊNCIA - PEDIDO FUNDADO NA IMPONTUALIDADE DO DEVEDOR - DÍVIDA DE PEQUENO VALOR - CARÊNCIA DE AÇÃO EVIDENCIADA. RECURSO DESPROVIDO - POR MAIORIA.

ACÓRDÃO:

Apelação Cível Nº 175.612-3. 5ª Vara Cível de Maringá. Apelante: Deltagift Comercial Ltda Apelado: L. Campos Filho & Campos Ltda. 5ª Câmara Cível. Relator: Des. Fernando Vidal de Oliveira. Ação de Falência - Pedido fundado na impontualidade do devedor - Dívida de pequeno valor - Carência de ação evidenciada. Recurso Desprovido - Por Maioria. Acórdão Nº 15009.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 175.612-3, de Maringá - 5ª Vara Cível, em que é apelante Deltagift Comercial Ltda e é apelado L. Campos Filho & Campos Ltda. Deltagift Comercial Ltda propôs Ação de Falência em face de L. Campos Filho & Campos Ltda, fundando sua pretensão no art. 1º do Decreto-lei 7.661/45. Sentenciando, o ilustre Magistrado *a quo* julgou o feito improcedente, por considerar o autor carecedor da ação. Irresignado, o autor interpõe recurso de apelação, em cujas razões sustenta que estão presentes os requisitos de caracterização da impontualidade. Preparo às fls. 131. Contra-razões às fls. 134-136. Manifestação do ilustre representante do Ministério Público às fls. 137-140, pelo desprovimento do recurso. No mesmo sentido vem o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, presente às fls. 151-155. Após, vieram os autos à apreciação deste Tribunal. É o relatório. Merece o presente recurso ser conhecido, por estarem presentes os seus requisitos de admissibilidade. Com o objetivo de prestigiar o princípio da preservação da empresa, consolidou-se entendimento no sentido de se temperar o disposto no art. 1º do decreto-lei 7.661/45, afastando a presunção de insolvência quando o débito apresentar valor baixo e quando não se demonstrar a existência de outros credores não satisfeitos em seus direitos. Neste sentido, vale referir a lição de Manoel Justino Bezerra Filho: "Está em formação entendimento correto, no sentido de indeferir o pedido de falência, quando se trate de débito de pequeno valor e quando não se demonstre haver outros credores." (Lei de Falências Comentada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 75) Na

mesma linha vem a jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça, valendo referência ao seguinte aresto:

"APELAÇÃO CÍVEL - PEDIDO DE DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA - SENTENÇA QUE EXTINGUIU O PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - DÍVIDA DE R\$ 1.300,00 (UM MIL E TREZENTOS REAIS) - O PEDIDO DE FALÊNCIA NÃO DEVE SER UTILIZADO COMO FORMA DE COERÇÃO PARA O PAGAMENTO - O CREDOR DE TÍTULO EXECUTIVO DA QUANTIA DE R\$ 1.300,00 DEVE BUSCAR SEU CRÉDITO ATRAVÉS DA AÇÃO DE EXECUÇÃO - A EMPRESA TAMBÉM TEM FUNÇÃO SOCIAL, RAZÃO PELA QUAL É INJUSTIFICÁVEL A DECRETAÇÃO DE SUA QUEBRA EM RAZÃO DE DÍVIDA DE PEQUENO VALOR. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA." (TJPR, 6º Câm. Cív. Ac 145.238-8, Rel. Des. Eraclés Messias, j. 17/02/2004)

A única dúvida que poderia surgir na aplicação desta orientação jurisprudencial vem no sentido da definição de dívida de pequeno valor. E, neste campo, pode ser utilizado como critério o disposto no art. 94, I, da atual legislação falimentar (Lei 11.101/2005), que veda pedidos de falência, fundados na impontualidade, quando o débito for inferior a 40 salários-mínimos. À época da propositura da ação, o salário-mínimo era de R\$ 136,00. Desta forma, o crédito do autor equivalia a cerca de 25 salários-mínimos, valor inferior ao atual critério legal, que bem se enquadra à orientação dominante mesmo à época da vigência da legislação falimentar anterior. Desta forma, em se tratando de pedido falencial fundado em dívida de pequeno valor, e não tendo demonstrado o autor a existência de outros credores, evidencia-se a carência de ação, mostrando-se acertada a sentença monocrática. Em face de tais razões, proponho seja desprovido o presente recurso, mantendo-se a sentença recorrida em seus integrais termos. ACORDAM os Senhores Desembargadores integrantes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. O julgamento foi presidido pelo Senhor Desembargador Antonio Lopes de Noronha, sem voto, e dele participaram os Senhores Desembargadores Waldemir Luiz da Rocha (deu provimento ao recurso, com declaração de voto) e Leonel Cunha. Curitiba, 04 de outubro de 2.005.

DES. FERNANDO VIDAL DE OLIVEIRA Relator

DES. WALDEMIR LUIZ DA ROCHA

ANEXO D
Acórdão nº 5775

EMENTA:

DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores integrantes da 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencido o Desembargador Renato Naves Barcellos, com declaração de voto. EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE FALÊNCIA. PEDIDO AMPARADO NA IMPONTUALIDADE. DÍVIDA DE PEQUENO VALOR. APELANTE QUE, A PAR DE ALEGAR O CONTRÁRIO, TEM POR DESIDERATO VALER-SE DO PROCESSO FALIMENTAR COMO FORMA DE COAGIR O DEVEDOR A PAGAR A DÍVIDA. CORRETA A SENTENÇA AO EXTINGUIR O FEITO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO, EM VIRTUDE DA AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Tratando-se de requerimento para decretação de falência amparado em título de pequeno valor, têm os Tribunais, de forma majoritária, se pronunciado no sentido de prestigiar o princípio da preservação da empresa. Ou seja, entende-se que não é correto que o credor - podendo valer-se de meios menos traumáticos para satisfazer seu crédito - utilize-se do processo falimentar como forma de coagir o devedor a adimplir a obrigação. Nesse mister, não se deve perder de vista que a decretação da falência de uma empresa é medida extremada, dados os gravames de toda a ordem gerados pela quebra (perda de receita tributária, desemprego de funcionários,...). 2. Ademais, in casu, não se fazem presentes indícios contundentes de que a devedora não tenha condições de prosseguir com sua atividade. Quanto a isso, embora a insolvência - em sentido econômico - não tenha sido eleita pelo legislador como pressuposto para a decretação da quebra, é de se convir que, em determinadas situações (em especial, quando se está diante de título de pequeno valor), o exame de sua presença se faz importante.

ACÓRDÃO:

Apelação Cível nº 386.347-2. Vara Cível e anexos de Colombo. Apelante: Jati - Serviços Comércio e Importação de Aços Limitada. Apelado: Conatec Assistência Técnica de Máquinas Industriais Limitada. Relator: Des. Lauri Caetano da Silva. Revisor: Des. Renato Naves Barcellos

1. Tratando-se de requerimento para decretação de falência amparado em título de pequeno valor, têm os Tribunais, de forma majoritária, se pronunciado no sentido de prestigiar o princípio da preservação da empresa. Ou seja, entende-se que não é correto que o credor - podendo valer-se de meios menos traumáticos para satisfazer seu crédito - utilize-se do processo falimentar como forma de coagir o devedor a adimplir a obrigação. Nesse mister, não se deve perder de vista que a decretação da falência de uma empresa é medida extremada, dados os gravames de toda a ordem gerados pela quebra (perda de receita tributária, desemprego de funcionários,...). 2. Ademais, in casu, não se fazem presentes indícios contundentes de que a devedora não tenha condições de prosseguir com sua atividade. Quanto a isso, embora a insolvência - em sentido econômico - não tenha sido eleita pelo legislador como pressuposto para a decretação da quebra, é de se convir que, em determinadas situações (em especial, quando se está diante de título de pequeno valor), o exame de sua presença se faz importante. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 386.347-2, de Colombo - Vara Cível e Anexos, em que é apelante Jati Serviços Comércio e Importação de Aços Limitada e apelado Conatec Assistência Técnica de Máquinas Industriais Limitada. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencido o Desembargador Renato Naves Barcellos, com declaração de voto. I- RELATÓRIO 1. Trata-se de recurso de apelação interposto por Jati Serviços Comércio e Importação de Aços Limitada em virtude da sentença proferida pelo MM. Juiz da Vara Cível e Anexos do Foro Regional de Colombo - Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, a qual extinguiu o feito sem julgamento de mérito, face a falta de interesse de agir (art. 267, VI, do Código de Processo Civil). Afiançou o julgador que embora ainda não estivessem vigentes as disposições da nova Lei de Falências, o espírito da mesma deve ser observado. Nesse passo, invocou o princípio da função social da empresa, asseverando que não se pode decretar a quebra quando se verifica que o único desiderato do autor é coagir o devedor a adimplir a dívida. Acentuou ainda que a decretação de falência da ré traria prejuízos a toda sociedade, aos comerciantes,

empregados e demais credores, pois havendo paralisação das atividades, deixa-se de produzir riquezas. Assim, consignou a impossibilidade jurídica do pedido. Ante a sucumbência, o requerente foi condenado ao pagamento das custas e em honorários, os quais foram fixados em R\$ 300,00 (f. 45/49). 2. Jati Serviços Comércio e Importação de Aços Limitada apela dessa decisão, argumentando o seguinte: a) acostou provas as quais comprovaram que havia uma relação comercial entre as partes, a qual deu origem a título executivo que, por sua vez, restou inadimplido; daí estar plenamente autorizado o pedido de falência; b) **o MM. Juiz tentou realizar conciliação entre as partes, a par de não estar prevista tal audiência no processo atinente à falência**; c) apesar da presença das condições da ação e dos pressupostos processuais, o MM. Juiz extinguiu o feito sem julgamento de mérito, entendendo não estar presente o interesse de agir; d) os fundamentos da sentença não encontram guarida no ordenamento jurídico brasileiro, pois, em análise aos arts. 1º e 11 do Decreto-Lei 7661/45, verifica-se que estão presentes os requisitos para a decretação da falência; e) cita excertos doutrinários, inferindo que a caracterização da impontualidade do comerciante impõe a decretação de sua quebra; quanto a isso, assevera que o Decreto-Lei 7661/45 não definia um valor mínimo ou máximo para que o débito tivesse o condão de caracterizar a insolvência; f) assim, o julgador estaria "derrogando a lei", agindo de forma irregular, pois ao Judiciário cabe aplicar a lei e não legislar; cita precedente judicial a respeito; aduz ainda que não cabe ao Juiz escolher a via pela qual o credor deva reivindicar seu direito, pois, agindo dessa forma está ferindo princípios constitucionais; g) invoca recente decisão do STJ em que a Corte decidiu que o fato de a dívida ser de pequeno valor não impede a decretação da quebra; h) reitera que a eleição da via falencial para satisfação do crédito é faculdade concedida ao credor, que deve apenas observar os requisitos legais; i) aduz que a nova Lei de Falências não se aplica ao caso, pois passou a vigorar somente em 09 de junho de 2005, conforme aliás está previsto no art. 192 da Lei 11101/05; j) salienta que a possibilidade jurídica do pedido decorre das disposições da lei falimentar; l) alega que o pedido formulado na presente ação não tem o condão de exigir o pagamento do crédito do apelante, inexistindo tal pretensão, e, por isso, o fundamento adotado pelo julgador no sentido de que

"a apelante utilizou-se do instituto da falência como forma de cobrança" não tem cabimento; quanto a isso, acrescenta que em nenhum momento exigiu o pagamento, mesmo porque sabia do estado de insolvência da apelada; m) por fim, aduz que a Lei de Falências não exige a pluralidade de credores para que a quebra seja decretada (f. 51/65). 3. Conatec Assistência Técnica de Máquinas Industriais Limitada apresentou contra-razões à f. 72/74. É o relatório. II- VOTO Presentes os pressupostos recursais, intrínsecos e extrínsecos, merece o recurso ser conhecido. 4. Jati Serviços Comércio e Importação de Aços Limitada busca a reforma da decisão proferida pelo MM. Juiz da Vara Cível e Anexos do Foro Regional de Colombo - Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, a qual extinguiu o presente feito sem julgamento de mérito, entendendo haver falta de interesse de agir (art. 267, VI, do Código de Processo Civil). Examinando os argumentos recursais, entendo, todavia, que a sentença não merece reparos. Com efeito, não se ignora que para a caracterização da falência de uma empresa com fundamento no art. 1º do Decreto-Lei 7661/45, basta ao requerente demonstrar: a) a falta de pagamento, no vencimento, de dívida líquida materializada em título executivo; b) o regular protesto do referido título. No caso em tela, se fôssemos considerar Apenas os aspectos em questão, realmente seria imperativa a decretação da quebra. No entanto - e a par do inconformismo manifestado pela apelante - cabe ter em mente que a falência de uma empresa é sim medida extremada, dados os gravames de toda a ordem gerados pela quebra (perda de receita tributária, desemprego de funcionários,...). Nesse passo, ao examinar um pedido de quebra, deve o julgador estar atento não apenas aos aspectos legais, mas também a todo contexto fático que envolve o pleito. Pois bem! Tratando-se então de requerimento para decretação de falência amparado em título de pequeno valor⁸⁰, têm os Tribunais, de forma majoritária, se pronunciado no sentido de prestigiar o princípio da preservação da empresa. Ou seja, entende-se que

⁸⁰ Obs.: No caso tratam-se de triplicatas, as quais perfazem o montante de R\$ 2.586,16, atualizado em novembro de 2004. Tais são os títulos: - nº 001433-A, no valor de R\$ 1.027,00, vencimento em 26.06.03;- nº 001433-B, no valor de R\$ 1.027,00, vencimento em 26.07.03;- nº 167980-1, no valor de R\$ 765,40, vencimento em 11.06.2002; - nº 168762-1, no valor de R\$ 437,46, vencimento em 12.06.2002;- nº 168228-1, no valor de R\$ 759,69, vencimento em 13.06.2002;- nº 168339-1, no valor de R\$ 759,69, vencimento em 17.06.2002;- nº 168762-2, no valor de R\$ 424,58, vencimento em 19.06.2002;- nº 168762-3, no valor de R\$ 424,58, vencimento em 26.06.2002;- nº 169891-1, no valor de R\$ 1.037,07, vencimento em 27.06.2002;

não é correto que o credor - podendo valer-se de meios menos traumáticos para satisfazer seu crédito - utilize-se do processo falimentar como forma de coagir o devedor a adimplir a obrigação. Quanto a isso, aduziu a apelante que "seu objetivo não seria o de cobrança," mas sim, o de que "a apelada tivesse decretada sua falência". Com a devida vênia, tal assertiva não se revela crível, pois, qual razão - que não a percepção de seu crédito - motivaria a apelante a almejar a falência da apelada? Assim, em que pese haja entendimentos jurisprudenciais em sentido contrário, filio-me à corrente que tem primado por conferir à lei uma exegese mais condizente com o interesse coletivo, prestigiando, destarte, o princípio retro nominado ("preservação da empresa"). Ademais, ainda que a insolvência (em sentido econômico) não tenha sido eleita pelo legislador como condição essencial para a quebra do empresário, em determinadas situações, há que se ter esse fator em conta, pois, parece-me que a *par conditio creditorum* só encontra razão de ser ante a real precariedade financeira da empresa. Nesse mister, observo que não há evidências suficientes que permitam concluir que a apelada não tenha mais condições de prosseguir com sua atividade. Acrescento, por oportuno, que se é bem verdade que a "eleição da via falencial é uma faculdade do credor" não é menos verdade que o processo deve ser um instrumento de eliminação de conflitos. Com relação à nova Lei de Falências, há que se esclarecer que, diversamente do que aduz a apelante, não foi aplicada pelo MM. Juiz, senão, tomou-a o julgador apenas como referencial principiológico, não tendo "derrogado" ou "revogado" qualquer disposição do Decreto-lei 7661/45. Cumpre dizer ainda que tal conduta não é merecedora de qualquer censura, mas, ao revés, é digna de encômios. Ora, o aplicador da lei não pode se comportar como autômato, atendo-se simplesmente à literalidade dos dispositivos legais. Diferentemente disso, cabe-lhe aferir o panorama social que circunda o caso sob exame, empenhando-se assim em atingir os fins sociais da regra (art. 5º, da Lei 4657/42). Logo, se o art. 94, I, da lei 11.101/05⁸¹, estabelece que o título a amparar o pedido de falência por impontualidade deve ter, no mínimo, o valor

⁸¹ Art. 94. Será decretada a falência do devedor que: I - sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;

de quarenta salários mínimos é porque, atualmente, o valor do débito é fator determinante para a decretação da quebra de uma empresa. E, a par de tal dispositivo não incidir no caso em tela, exerce, com toda certeza, influência na exegese a ser dada às disposições do Decreto-Lei 7661/45. Por conseguinte, o caso reclama sim a extinção do feito sem julgamento de mérito. Para suplantar quaisquer controvérsias, valho-me de precedentes desta Corte de Justiça:

AÇÃO DE FALÊNCIA - PEDIDO FUNDADO NA IMPONTUALIDADE DO DEVEDOR - DÍVIDA DE PEQUENO VALOR - CARÊNCIA DE AÇÃO EVIDENCIADA. RECURSO DESPROVIDO - POR MAIORIA. (TJPR/Ap.Civ. 175612-3, Ac. nº 15009, 5ª C.Civ., Rel. Des. Fernando Vidal de Oliveira, DJ 7012, pub. 19.12.05) Falência - Desvirtuamento do instituto - Inadmissibilidade de seu uso com finalidade de forçar o devedor ao pagamento de dívida - Precedentes do STJ, TJPR e outros Tribunais - Dívida de pequeno valor - Ausência de indícios de insolvência - Magistrado singular que, em sede de decisão interlocutória, indeferiu o pedido de falência, facultando ao autor converter a demanda em execução por quantia certa - Decisão acertada - Agravo desprovido. (TJPR/AI 156557-5, Ac. nº 12460, 6ª C.Civ., Rel. Juiz Convocado Rabelo Filho, DJ 6651, pub. 28.06.04)

APELAÇÃO CÍVEL - PEDIDO DE DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA - SENTENÇA QUE EXTINGUIU O PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - DÍVIDA DE R\$ 1.300,00 (um mil e trezentos reais) - O PEDIDO DE FALÊNCIA NÃO DEVE SER UTILIZADO COMO FORMA DE COERÇÃO PARA O PAGAMENTO - O CREDOR DE TÍTULO EXECUTIVO DA QUANTIA DE R\$ 1.300,00 DEVE BUSCAR SEU CRÉDITO ATRAVÉS DA AÇÃO DE EXECUÇÃO - A EMPRESA TAMBÉM TEM FUNÇÃO SOCIAL, RAZÃO PELA QUAL É INJUSTIFICÁVEL A DECRETAÇÃO DE SUA QUEBRA EM RAZÃO DE DÍVIDA DE PEQUENO VALOR. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. (TJPR/Ap.Civ. 145238-8, Ac. nº 11641, 6ª C.Civ, Rel. Des. Eraclés Messias, DJ 6579, pub. 15.03.04) APELAÇÃO CÍVEL - FALÊNCIA - COBRANÇA DE DÍVIDA ESTAMPADA EM TRIPLICATA - SISTEMA DA IMPONTUALIDADE - ÚNICO CREDOR - DÉBITO DE PEQUENO PORTE - CIRCUNSTÂNCIAS QUE CONDUZEM AO DESVIRTUAMENTO DO PEDIDO DE FALÊNCIA - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A falência objetiva retirar do mercado o comerciante que não possui condições de saldar seus compromissos, possibilitando-lhe prazo para reorganizar o negócio e igualar o direito de crédito de seus credores. 2.- Desvirtua o objetivo do instituto valer-se da via falimentar para coagir o comerciante devedor a quitar a dívida, sob pena de quebra. 3.- O sistema da impontualidade adotado pela Lei de Falências não pode ser aplicado indistintamente, posto que é apenas meio caracterizador da insolvência do devedor, o que nem sempre se verifica com o simples protesto, quando outras circunstâncias fazem presumir o contrário. 4.- Possuir a dívida valor irrisório, haver apenas um credor, somadas à vinculação do pedido de quebra ao pagamento do débito em vinte e quatro horas, são circunstâncias que demonstram o exercício de abuso de direito. (TJPR/Ap.Civ. 119875-8, Ac. nº 21808, 2ª C.Civ., Rel. Des. Milani de Moura, DJ 6242, pub. 40.11.02)

Registro que não se está a tutelar a "inadimplência" ou a "má-fé" nos atos comerciais; longe disso, o que se pretende preservar é a real finalidade do processo falimentar, o qual, como já dito acima, só se justifica ante a imprescindibilidade da instauração do concurso coletivo de credores. Portanto, a apelante não apenas pode como deve valer-se de outros meios para obter a satisfação do débito, vislumbrando-se, inclusive, a existência de outras formas que sejam muito mais eficazes na satisfação de seus interesses. Por fim, não há que se falar em violação aos princípios da segurança jurídica, ato jurídico perfeito e irretroatividade da lei, de acordo com o disposto no art. 5º XXXVI da Constituição Federal. Igualmente, não se verifica ofensa a quaisquer dos dispositivos do Decreto-Lei 7661/45, em especial ao disposto no art. 1º e art. 11, ou ao art. 192 da Lei 11101/05. Ante o exposto, voto pelo conhecimento e desprovimento do recurso. III- DECISÃO ACORDAM os Desembargadores integrantes da 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencido o Desembargador Renato Naves Barcellos, com declaração de voto. O julgamento foi presidido pelo Desembargador FERNANDO VIDAL DE OLIVEIRA, sem voto, e dele participaram os Desembargadores RENATO NAVES BARCELLOS e VICENTE MISURELLI. Curitiba, 28 de fevereiro de 2007. DES. LAURI CAETANO DA SILVA Relator. DES. RENATO NAVES BARCELLOS Redator do Voto Vencido

ANEXO E
REsp 752488

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 752.488 - RS (2005/0083835-0)

RELATOR : MINISTRO FRANCIULLI NETTO
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : SIMONE ANACLETO LOPES E OUTROS
RECORRIDO : ASTRA TRANSPORTES LTDA
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. ORDEM LEGAL. ART. 11 DA LEF. ART. 620 DO CPC. SÚMULA 7/STJ.

Revisar a decisão esposada pelo Juízo de segundo grau firmada por meio dos elementos trazidos aos autos refoge da competência constitucionalmente atribuída ao colendo Superior Tribunal de Justiça de unificar a aplicação do direito federal, e não a revisão de entendimento exarado pelos Tribunais Federais e Estaduais. Aplicação da Súmula 7 do STJ.

Ainda que superado tal óbice, é consabido que a execução fiscal se processa no interesse do credor, em vista da satisfação do débito cobrado. Não é menos verdade, outrossim, que a penhora de bens deve-se dar da forma menos gravosa para o executado, em nome do princípio da preservação da empresa (art. 620 do CPC).

Recurso não-conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator." Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Melra, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 18 de agosto de 2005 (Data do Julgamento).

MINISTRO FRANCIULLI NETTO, Relator.

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
Presidente da Segunda Turma



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 752.488 - RS (2005/0083835-0)

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
 PROCURADOR : SIMONE ANACLETO LOPES E OUTROS
 RECORRIDO : ASTRA TRANSPORTES LTDA
 ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCIULLI NETTO (RELATOR):

Trata-se de recurso especial, interposto pela Fazenda Nacional, com fundamento no artigo 105, III, letra "a", da Constituição Federal, contra v. acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ementado nos seguintes termos:

**AGRAVO CONTRA DECISÃO DENEGATÓRIA DE
 AGRAVO DE INSTRUMENTO.**

Forte no disposto no art. 557, caput, do CPC, possível ao Relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com Súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal ou de tribunais superiores" (fl. 65).

Opostos embargos declaratórios, restaram acolhidos em parte para o propósito de prequestionamento (fl. 75).

Sobreveio o presente recurso especial, no qual sustenta a recorrente negativa de vigência do disposto no artigo 11 da Lei n. 6.830/80, ao afirmar que, "no caso em tela, seja pela inobservância da ordem de gradação legal, seja pela própria consideração dos bens que poderiam ser penhorados (veículos), que, conforme os documentos às fls. 41/48, apesar de estarem em nome da agravada, são todos objeto de alienação fiduciária, compra com reserva de domínio ou restrição judicial, não havia

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 752.488 - RS (2005/0083835-0)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. ORDEM LEGAL. ART. 11 DA LEF. ART. 620 DO CPC. SÚMULA 7/STJ.

Revisar a decisão esposada pelo Juízo de segundo grau firmada por meio dos elementos trazidos aos autos refoge da competência constitucionalmente atribuída ao colendo Superior Tribunal de Justiça de unificar a aplicação do direito federal, e não a revisão de entendimento exarado pelos Tribunais Federais e Estaduais. Aplicação da Súmula 7 do STJ.

Ainda que superado tal óbice, é consabido que a execução fiscal se processa no interesse do credor, em vista da satisfação do débito cobrado. Não é menos verdade, outrossim, que a penhora de bens deve-se dar da forma menos gravosa para o executado, em nome do princípio da preservação da empresa (art. 620 do CPC).

Recurso não-conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCIULLI NETTO (Relator):

Não merece guarida a pretensão recursal.

Do simples exame dos fundamentos do v. acórdão recorrido, percebe-se que ele se apouca no acervo probatório carreado aos autos, como se pode observar do seguinte trecho, *in verbis*:

Superior Tribunal de Justiça

“Na hipótese dos autos, foram encontrados diversos veículos da empresa sobre os quais pode recair a constrição” (fl. 63).

Revisar a decisão esposada pelo Juízo de segundo grau firmada por meio dos elementos trazidos aos autos refoge da competência constitucionalmente atribuída ao colendo Superior Tribunal de Justiça de unificar a aplicação do direito federal, e não a revisão de entendimento exarado pelos Tribunais Federais e Estaduais.

Dessarte, incide no caso a Súmula 7 do STJ, que assim estabelece, verbis:

“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

Mais a mais, ainda que superado tal óbice, é consabido que a execução fiscal se processa no interesse do credor, em vista da satisfação do débito cobrado. Não é menos verdade, outrossim, que a penhora de bens deve-se dar da forma menos gravosa para o executado, em nome do princípio da preservação da empresa (art. 620 do CPC).

Como bem lembrou o Insigne Ministro Felix Fischer, “a ordem legal estabelecida para a nomeação de bens à penhora não tem caráter absoluto, devendo sua aplicação atender às circunstâncias do caso concreto, à potencialidade de satisfazer o crédito e ao princípio da menor onerosidade da execução”, inscrito no art. 620 do CPC” (REsp 445.684/SP, DJU 24/2/2003).

A corroborar tal entendimento, veja-se, entre outros, o seguinte julgado deste Sodalício:

“EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. ORDEM LEGAL. ART. 11 DA LEF. SÚMULA 7/STJ.

1. A execução fiscal se processa no interesse do credor, a

Superior Tribunal de Justiça

fim de satisfazer o débito cobrado. Outrossim, o processo executivo deve dar-se da forma menos gravosa para o executado, em nome do princípio da preservação da empresa (art. 620 do CPC).

2. A controvérsia sobre a não-aceitação pelo credor dos bens oferecidos à penhora, em sede de execução fiscal, e a observância de que o processo executivo se dê da maneira menos gravosa ao devedor requerem atividade de cognição ampla por parte do julgador, com a apreciação percuente das provas carreadas aos autos, o que é vedado em sede de recurso especial por força da Súmula 7 do STJ.

3. Firmou-se no STJ o entendimento de que a ordem estabelecida nos arts. 71 da Lei n. 6.830/80 e 656 do CPC para a nomeação de bens à penhora não tem caráter rígido, devendo sua aplicação atender às circunstâncias do caso concreto, à potencialidade de satisfazer o crédito e à forma menos onerosa para o devedor.

4. Recurso especial não-conhecido* (REsp 196.058/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 21.3.2005).

Pelas razões acima expendidas, não conheço do recurso especial.

É como voto.

MINISTRO FRANCIULLI NETTO, Relator.

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
Presidente da Segunda Turma

Superior Tribunal de Justiça

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2005/0083835-0

REsp 762488 / R8

Números Origem: 200404010335127 3301221125

PAUTA: 16/08/2005

JULGADO: 18/08/2005

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FRANCIULLI NETTO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DULCINEA MOREIRA DE BARROS**

Secretária

Bela **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
 PROCURADOR : SIMONE ANACLETO LOPES E OUTROS
 RECORRIDO : ASTRA TRANSPORTES LTDA
 ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

ASSUNTO: Execução Fiscal

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira, Francisco Fepanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 18 de agosto de 2005

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária