

SEGURANÇA INSTITUCIONAL E DESENVOLVIMENTO

INSTITUTIONAL SECURITY AND DEVELOPMENT

**LUIS ROBERTO AHRENS
VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS KNOERR**

Resumo:

O projeto desta pesquisa partiu da constatação de que, apesar de receber cada vez mais investimentos externos, a insegurança institucional brasileira é um dos grandes obstáculos ao surgimento de uma economia sustentável que verdadeiramente proporcione desenvolvimento do país de modo seguro e produza benefícios concretos para as pessoas. Os indicadores revelam uma redução no nível de desenvolvimento econômico do País demonstrando que o crescimento no faturamento das empresas não está sendo seguido pelo aumento da lucratividade e tal circunstância é preocupante a longo prazo. Isso porque é justamente a lucratividade do empresário privado que estimula os investimentos do país, o crescimento econômico, a geração de empregos e a circulação de riqueza. Até porque, para que o Estado possa atuar de modo a promover a redução das desigualdades sociais é necessário que previamente à pretendida redistribuição de renda exista a renda a ser redistribuída. Este estudo, portanto, analisa o alcance dos princípios sociais insculpidos na nossa Constituição a partir de uma abordagem típica da análise econômica do direito que, acolhendo a vocação capitalista do País positivada na carta magna, reconhece a segurança do ambiente de negócios brasileiro como condição essencial para o desenvolvimento da economia e, conseqüentemente, da população.

Palavras-chave: economia sustentável; concretização constitucional; lucro social.

Summary:

This research project started from the finding that, despite receiving more and more foreign investment, the Brazilian institutional insecurity is a major obstacle to the emergence of a truly sustainable economy that provides development of the country safely and produce tangible benefits for people . The indicators show a reduction in the level of economic development of the country showing that growth in sales of the companies not being followed by increasing profitability and that fact is worrisome in the long term. That is precisely why the profitability of private entrepreneur that encourages investment in the country, economic growth, job creation and circulation of wealth. Because, for which the state can act to promote the reduction of social inequalities is necessary before the desired income redistribution exists income to be redistributed. This study, therefore, examines the social implications of the principles in our Constitution insculpidos from a typical approach of economic analysis of law who, accepting the vocation of the country positively valued in capitalist charter recognizes the safety of Brazilian business environment as an essential condition for the development of economy and thus, the population.

Keywords: sustainable economy; achieving constitutional; social profit.

1. REFERENCIAL TEÓRICO E TEORIA DOS CUSTOS

Tomamos por referencial teórico os estudos de RONALD COASE e DOUGLAS NORTH. O primeiro por desenvolver a teoria dos custos de transação como importantes aspectos a considerar na precificação dos produtos e serviços disponibilizados ao mercado consumidor. Foi RONALD COASE quem primeiro explicou como e porquê o preço final pago pelo consumidor pode ser afetado pela dificuldade na coleta de informações sobre o mercado e os consumidores, pela a insegurança quanto ao cumprimento das obrigações assumidas em contrato e pela demora da justiça estatal e ineficácia dos provimentos jurisdicionais, dentre outros.

Já DOUGLAS NORTH contribuiu significativamente com sua pesquisa acerca da importância de regras de conduta e comportamento (por ele chamadas instituições) para o desenvolvimento da economia. Foi esta pesquisa, conduzida por um economista, que aprofundou a análise do comportamento das pessoas e das empresas frente a leis e normas que regulam a conduta dos agentes econômicos no mercado e de como as leis devem ser pensadas pelos legisladores considerando os efeitos a serem produzidos e as consequências esperadas da sua aplicação.

Vale a lembrança, desde logo, a respeito da atual aceitação, pelos juristas, da contribuição científica oriunda de outras áreas do conhecimento antigamente rechaçadas pelos estudiosos do direito. E isso porque, atualmente, o jurista não pode mais ficar alheio aos progressos obtidos em estudos e pesquisas desenvolvidos em áreas como a administração de empresas¹, engenharia², economia, medicina³, etc.

No particular do estudo da economia, que é aquele que mais diretamente interessa ao tema do presente estudo, JAIRO SADDI e ARMANDO CASTELAR PINHEIRO lecionam:

Por longo tempo, os juristas puderam viver na sua **torre de marfim** e o direito, embora produto da sociedade, sobreviveu como **disciplina isolada**, sem que os seus cultores se dedicassem ao estudo de outras matérias. Foi uma situação que perdurou até o fim do século XIX, quando, aos poucos, os vínculos ente o direito e a sociologia foram estreitados na Europa. Já no início do

¹ Basta lembrar das situações concretas em que os administradores de empresas têm de ser consultados a respeito do impacto, por exemplo, das greves ou do reconhecimento de eventual pleito dos trabalhadores e de como tais normas jurídicas afetam o fluxo de capital interno nas empresas podendo, eventualmente, impactar negativamente o sucesso do empreendimento.

² Dado o atual momento da indústria da construção civil, nunca foi tão importante ao direito colher contribuições dos engenheiros no particular, por exemplo, da edição e interpretação de normas de responsabilidade técnica tendo em vista as conhecidas normas de proteção aos direitos do consumidor. E mais: a nossa história recente demonstra que, quando mau regulado, o mercado da construção civil pode acarretar o desmoronamento não da obra fisicamente considerada mas dos sonhos de uma família e do patrimônio de uma vida toda, a ver o recente episódio da construtora Encol. E também no caso das normas de proteção ao meio ambiente o importante papel dos engenheiros agrônomos, florestais e ambientais é inquestionável.

³ Neste caso, o recente julgamento, no Supremo Tribunal Federal, acerca da possibilidade ou não de aborto dos fetos anencéfalos e a audiência pública realizada naquela Corte com a oitiva dos depoimentos de inúmeros especialistas de modo a esclarecer, aos julgadores, quando se dá efetivamente o início da vida humana é mais que suficiente a demonstrar a importância da contribuição da medicina para a compreensão das normas jurídicas então em debate. O mesmo se diga a respeito das inúmeras demandas que tratam do fornecimento, pelo Estado, de medicamentos de alto custo para os pacientes que não possuem renda suficiente a custear o tratamento.

século passado, Oliver Wendell Holmes afirmava que o jurista do futuro deveria também entender de estatística e de economia. Por sua vez, **o saudoso ministro Alimomar Baleeiro, em decisão proferida há mais de 30 anos, lembrava que o nosso Supremo Tribunal Federal, cuja estrutura e função se inspiraram na Corte Suprema norte-americana, deveria ser, conforme o caso, “o freio e o acelerador do Poder Legislativo”, exercendo as funções de cientista político, legislador trabalhista, “elaborador de diretrizes políticas (*policy-maker*) e economista” (ERE nº 75.504).**

Não há, pois, dúvida que podemos celebrar a **convergência entre economistas e juristas**, à qual aludiram recentemente, os Professores Edmar Bacha e Gustavo Franco, uma vez que tal aproximação se tornou imperativa em virtude da aceleração do ritmo do tempo, da velocidade da implantação das novas tecnologias e da globalização. Passou a época em que se acreditava na imutabilidade das estruturas da sociedade, que permitia a perenidade das leis, do mesmo modo que ficou superada a “ilusão da moeda estável” à qual se referia Irving Fischer, em obra publicada no início do século passado⁴.

As conclusões a que chegamos ao final da pesquisa confirmaram a premissa inicial de que o desenvolvimento econômico sustentável está intimamente vinculado a um ambiente de negócios seguro e estável que obrigatoriamente deve ser promovido e garantido pelo Estado por meio de adequada intervenção na economia sem se omitir no seu papel regulador mas sem interferir em demasia e sem tolher a liberdade dos agentes econômicos, deixando espaço suficiente para que, num primeiro momento, o próprio mercado se autorregule. No entanto, ao notar que o mercado, por si só, não está caminhando no sentido desejado pela Constituição, aí sim, cabe ao Estado intervir com o rigor necessário a colocar novamente a economia no rumo dos princípios insculpidos na nossa Constituição.

2. O AMBIENTE DE NEGÓCIOS NO BRASIL – UMA ABORDAGEM DE DIREITO E ECONOMIA

⁴ SADDI, Jairo; PINHEIRO, Armando Castelar. ***Direito, economia e mercados***. Rio de Janeiro : Elsevier, 2005, pp. XX/XXI, negrito nosso.

No relatório do Banco Mundial intitulado “*Doing Business 2012: Fazendo negócios em um mundo mais transparente*” que analisou o ambiente de negócios em 183 (cento e oitenta e três) economias diferentes, o Brasil ocupa o 126º (centésimo vigésimo sexto) lugar na classificação geral e o 118º (centésimo décimo oitavo) lugar na classificação pelo critério “*execução de contratos*”⁵, o que denota instabilidade das instituições e insegurança jurídica.

Pelo critério “*pagamento de impostos*”⁶ o Brasil ocupa a 150º (centésima quinquagésima) posição com o gasto de 2600 (duas mil e seiscentas) horas de trabalho⁷ por ano para o cumprimento de todas as obrigações fiscais de uma empresa de porte médio. Curiosamente, nos países da América Latina a média é de 382 (trezentas e oitenta e duas) horas anuais para o mesmo trabalho e, nos países membros da OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, gastam-se em média 186 horas para o cumprimento das obrigações tributárias de um ano inteiro.

Ainda quanto ao risco e ao custo dos negócios realizados nos diversos países pesquisados, o referido relatório classifica o Brasil na 136º (centésima trigésima sexta) posição no quesito “*resolução de insolvência*”⁸ revelando que, em média, o trâmite de um processo de falência dura 04 (quatro) anos no Brasil com uma proporção de recuperação de crédito em benefício do credor de apenas 17,9 centavos para cada dólar devido. Já nos países membros da OCDE o trâmite de um processo falimentar dura, em média, 1,7 (um vírgula sete) anos com uma taxa de recuperação de crédito de 68,2 centavos para

⁵ “Este tópico avalia a eficiência do cumprimento das leis contratuais neste país, através do acompanhamento de uma disputa de pagamento. Como referência, incluímos uma estimativa de tempo, custos, e procedimentos jurídicos relacionados com a disputa, desde o momento que o requerente requer o processo até o pagamento da disputa” (<http://portugues.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/brazil#enforcing-contracts> – acessado em 27.05.2012).

⁶ “Este tópico detalha os encargos tributários que uma empresa de porte médio normalmente paga ou recolhe durante o ano fiscal. Indicamos também as exigências administrativas para o pagamento desses encargos” (<http://portugues.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/brazil#paying-taxes> – acessado em 27.05.2012).

⁷ “O tempo gasto para preparar, arquivar e pagar (ou reter) o imposto de renda das empresas, o imposto sobre o valor agregado e as contribuições de previdência social (em horas por ano)” (<http://portugues.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/brazil/#paying-taxes> – acessado em 28.05.2012).

⁸ “Este tópico avalia o tempo e os custos relacionados com um processo de falência, utilizando como referência um índice de dificuldades para as leis de falência neste país. Mostramos também o nível de recuperação financeira, expressado em termos de quantos centavos de dólar os requerentes conseguem recuperar da firma insolvente” (<http://portugues.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/brazil/#resolving-insolvency> – acessado em 28.05.2012).

cada dólar devido. Noutras palavras, apesar de em média um processo falimentar no Brasil demorar mais que o dobro de um processo falimentar nos países membros da OCDE a taxa de recuperação de crédito no Brasil é de 17,9% (dezessete vírgula nove por cento) enquanto nos países integrantes da OCDE a taxa de recuperação de crédito é de 68,2% (sessenta e oito vírgula dois por cento). Conclui-se, portanto, que quando se trata de recuperar créditos vencidos e exigir o cumprimento de contratos e obrigações, o Brasil é comprovadamente três vezes menos eficiente que a média dos países que integram a OCDE.

E mais e mais dados poderiam ser elencados fosse este o objetivo do trabalho. Esta pequena amostra, no entanto, visa a demonstrar, a partir de informações concretas, a preocupante situação do Brasil no particular da insegurança jurídica no ambiente de negócios, vez que partiremos da premissa de o ambiente de negócios no Brasil, ser comprovadamente inseguro, complexo e moroso quando se trata de exigir o cumprimento dos contratos e obrigações empresariais.

Tal característica, conseqüentemente, impacta negativamente no desenvolvimento do país em prejuízo, como sempre, dos menos favorecidos economicamente. Isso porque este risco criado e mantido pela insegurança do ambiente de negócios brasileiro é agregado ao custo das empresas e via de regra repassado ao consumidor final embutido no preço dos produtos e serviços disponibilizados ao mercado.

2.1 A ORDEM ECONÔMICA E O DIREITO BRASILEIRO

O Direito pátrio, portanto, não pode ficar alheio a este problema de ordem econômica sob pena de negligenciar o cumprimento da própria Constituição Federal e de manter-se distante da realidade e isolado num mundo de conceitos teórico-jurídicos aplicados à revelia das necessárias considerações de eficiência. Este estudo, portanto, utilizará a fundamentação teórica da chamada análise econômica do direito para a compreensão da importância de um ambiente institucional seguro e saudável como alicerce do tão querido desenvolvimento sustentável.

Convém registrar, desde já, que ao nos referirmos às *instituições* e à importância da segurança institucional adotamos a fundamentação teórica desenvolvida por DOUGLAS NORTH⁹ para quem as *instituições* são as regras do jogo numa sociedade, são as restrições criadas pelos homens para a interação social dos próprios homens. E, neste contexto, ainda conforme o professor DOUGLAS NORTH, as instituições reduzem as incertezas e fornecem a estrutura social para a vida cotidiana e para a interação dos homens. E mais: considerando instituições toda forma de regramento da interação entre os homens, o conceito envolve tanto as instituições formais (Constituição e leis complementares, por exemplo) quanto as instituições informais (normas de comportamento, convenções sociais, etc.).

E ainda antes de DOUGLAS NORTH foi o professor RONALD COASE¹⁰ quem primeiro sustentou de forma sistematizada e científica a análise econômica do Direito, entendida como a abordagem do fenômeno jurídico com respeito aos seus efeitos e conseqüências na economia, na vida real, pois, como diria LASSALE:

Sim, existem sem dúvida, e esta incógnita que estamos investigando apóia-se, simplesmente, nos fatores reais do poder que regem uma determinada sociedade. Os fatores reais do poder que regulam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são.¹¹

Não se trata, é conveniente a ressalva, de submeter o Direito à lógica econômica ou estabelecer algum tipo de hierarquia entre estas duas áreas de conhecimento; trata-se, isto sim, da busca da efetivação constitucional através da análise do Direito conforme considerações de eficiência econômica de modo que o intercâmbio entre estas duas ciências proporcione melhores condições de crescimento nacional sustentável pelo uso adequado e eficiente das normas jurídicas. Isso porque o Direito *“ao estabelecer regras de conduta que modelam as relações entre pessoas, deverá levar em conta os impactos econômicos que*

⁹ *Institutions, institutional change and economic performance*. New York : Cambridge University Press, 2009.

¹⁰ “*The nature of the firm*”, 1937.

¹¹ LASSALE, Ferdinand. *Que é uma constituição?* Versão para eBook eBooksBrasil.com. Edições e Publicações Brasil, São Paulo, 1933. Tradução: Walter Stöner, p. 07.

*delas derivarão, os efeitos sobre a distribuição ou alocação dos recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados. Assim, o Direito influencia e é influenciado pela Economia, e as Organizações influenciam e são influenciadas pelo ambiente institucional*¹².

Trata-se, pois, de promover o desenvolvimento econômico sustentável num ambiente de negócios juridicamente saudável e institucionalmente seguro, o que só é possível pela adequada interpretação e concretização da Constituição, da elaboração, interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais e de como se produzem os seus efeitos de influenciar o comportamento dos agentes econômicos ao estabelecer as regras e normas de atuação, estimulando, contendo e regulando tais ou quais comportamentos.

2.2 OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Neste aspecto cabe reflexão acerca dos chamados *custos de transação* que são justamente aqueles custos que oneram a atividade econômica sem representar desembolso financeiro direto pelos agentes econômicos, mas ainda assim possuindo íntima relação com a adoção de comportamentos, condutas e procedimentos tendentes a viabilizar determinada operação econômica. Em tal abordagem, portanto, é ultrapassada a compreensão clássica de custos relacionados unicamente com a produção e a transformação da matéria prima no produto final a ser ofertado ao mercado consumidor, passando a considerar também os custos necessários ao alcance do sucesso da atividade econômica e que não configuram efetivo e imediato desembolso de numerário por parte do empreendedor. Noutras palavras, “os *custos de transação são os custos de coletar informações, os custos de negociação e os do estabelecimento de contratos*”¹³; são os custos que impactam o preço final dos produtos e serviços ofertados ao mercado consumidor sem representar desembolso direto e imediato pela empresa que os disponibiliza.

¹² ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Análise econômica do direito e das organizações**. In *Direito e economia*. Org. Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn. Rio de Janeiro : Elsevier, 2005. 2ª reimpressão. p. 3.

¹³ COASE, Ronald. *The institutional structure of production*. In: *American Economic Review*, n. 82, p. 713-719. 1991.

É o magistério de ROBERT COOTER e THOMAS ULEN:

Os custos de transação são os custos das trocas ou comércio. Uma transação comercial tem três passos. Primeiramente, é preciso localizar um parceiro comercial. Isto implica achar alguém que queira comprar o que você está vendendo ou vender o que você está comprando. Em segundo lugar, uma negociação tem de ser fechada entre os parceiros comerciais. Uma negociação é alcançada por uma negociação bem-sucedida, que pode incluir a redação de um acordo. Em terceiro lugar, depois de se ter alcançado uma negociação, é preciso fazer com que ela seja cumprida. O cumprimento implica monitorar o desempenho das partes e punir violações do acordo. Podemos dar os seguintes nomes às três formas de custos de transação que correspondem a esses três passos de uma transação comercial: (1) custos da busca para a realização do negócio, (2) custos da negociação e (3) custos do cumprimento do que foi negociado¹⁴.

Assim, o risco de realizar negócios em ambiente institucional instável, a dificuldade de obter orientação adequada em ambiente de negócios em que imperam a insegurança e a imprevisibilidade, o risco de eventualmente não ser possível a execução de um contrato tal qual fora originariamente firmado ou o risco de sofrer algum revés processual em razão de considerações subjetivas de justiça por parte do magistrado, são exemplos de situações capazes de configurar custos de transação e, conseqüentemente, onerar a atividade produtiva.

No particular da segurança, da previsibilidade e da exigência de cumprimento dos contratos é conveniente lembrar, desde logo, que não se trata, aqui, de defender ingenuamente o cumprimento compulsório das obrigações empresariais independentemente das condições particulares do negócio num anacrônico apego à literalidade do princípio *pacta sunt servanda*, mas sim, de compreender e aceitar que as obrigações empresariais devem ser analisadas e interpretadas consoante enfoque e princípios próprios que respeitem a sua natureza tipicamente empresarial.

Partimos da ótica da necessária efetivação constitucional. Não se pode, assim, simplesmente aplicar às relações obrigacionais tipicamente empresariais os raciocínios teóricos construídos por uma concepção

¹⁴ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. Porto Alegre : Bookman, 2010. 5. ed. p. 105, negrito nosso.

meramente civilística do negócio jurídico eis que *“essa nova ordem de preocupações impacta de forma diversa as relações jurídicas estabelecidas entre empresários ou sociedades empresárias e aquelas nas quais são envolvidas pessoas não ligadas diretamente à produção de bens ou serviços. Justamente porque o direito empresarial possui uma lógica peculiar, os textos normativos requerem uma interpretação/aplicação diversa, adequada à realidade que disciplinam”*¹⁵.

Tenha-se como exemplo a análise de eventual inadimplemento contratual (registre-se, desde logo, ser desnecessário demonstrar que a atividade empresarial é implementada por meio de trocas e acordos veiculados em contratos). O atual ambiente de incerteza quanto ao efetivo cumprimento do avençado impacta fortemente o estabelecimento dos preços praticados pelos diversos agentes econômicos com reflexos prejudiciais a toda a sociedade. Isso porque *“sem a garantia de que o desrespeito aos contratos será punido com rapidez e correção, as relações de trabalho, os negócios entre empresas, as operações financeiras e muitas outras transações econômicas ficariam mais incertas e caras, podendo mesmo se tornar inviáveis ou restritas e pequenos grupos”*¹⁶. Portanto, a insegurança e a incerteza dos agentes econômicos quanto ao efetivo cumprimento das obrigações assumidas afeta o valor final do negócio realizado e onera toda a coletividade pela socialização do risco, ou seja, parte do preço praticado serve para transferir aos contratantes adimplentes parcela do custo que tem origem nos contratantes inadimplentes.

Neste sentido o Professor Emilio Betti, no clássico *Teoria Generale del Negozio Giuridico*, já demonstrou a necessidade de ultrapassar a consideração estática do negócio jurídico e, na compreensão do seu dinamismo, aceitar que o seu conteúdo – do negócio jurídico – não diz com um capricho qualquer das partes, mas sim com a busca da satisfação de um legítimo interesse a ser provido e é justamente a satisfação deste interesse legítimo a causa do negócio jurídico, esta é a sua função econômica. Daí a afirmação segundo a qual *“ao contratar, uma parte tem a legítima expectativa de que a outra*

¹⁵ FORGIONI, Paula A. **A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro**. In Revista de Direito Mercantil, Industrial e Econômico. Ano XLII, nº 130, abril/junho de 2003, p. 8.

¹⁶ PINHEIRO, Armando Castelar. **Magistrados, judiciário e economia no Brasil**. In *Direito e economia*. Org. Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn. Rio de Janeiro : Elsevier, 2005. 2ª reimpressão. p. 244.

*comportar-se-á de determinada forma*¹⁷ e se isto não ocorre, daí decorrem – ou deveriam decorrer – consequências jurídicas com o propósito de tutelar os direitos do contratante inocente que agiu zeloso dos seus deveres mas teve frustradas as “*legítimas expectativas*”. Vale lembrar, no entanto, da classificação brasileira no relatório do Banco Mundial intitulado “*Doing Business 2012: Fazer negócios em um mundo mais transparente*” que listou o Brasil no 118º (centésimo décimo oitavo) lugar na classificação pelo critério “*execução de contratos*”¹⁸ – daí a importância do Direito para propiciar os meios necessários e convenientes à tutela dos interesses jurídicos daquela parte inocente que teve frustrada a sua legítima expectativa de cumprimento do avençado.

A pretensão, portanto, de promover o continuado desenvolvimento econômico sustentável deve impulsionar a redução do risco jurídico com o aumento da segurança institucional e da certeza no cumprimento das obrigações empresariais avançadas de maneira a possibilitar economia nos custos de transação com efeitos na precificação benéficos à coletividade. Assim, conseqüentemente, teremos um maior, concreto e célere progresso da atividade empresarial com ganhos a serem partilhados por toda a sociedade. Isso porque “*o funcionamento adequado de uma economia de mercado requer a efetiva tutela da liberdade de contratar*”¹⁹. Noutras palavras, não será, certamente, com o engessamento da economia ou com a restrição da atuação dos agentes privados que o objetivo final de desenvolvimento econômico e produção de riqueza será alcançado. Ao contrário, o estímulo à realização de negócios que, evidentemente, são instrumentalizados por meio de contratos, somente é possível num ambiente institucional seguro em que a intervenção do

¹⁷ FORGIONI, Paula A. **A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro**. In Revista de Direito Mercantil, Industrial e Econômico. Ano XLII, nº 130, abril/junho de 2003, p. 13.

¹⁸ “Este tópico avalia a eficiência do cumprimento das leis contratuais neste país, através do acompanhamento de uma disputa de pagamento. Como referência, incluímos uma estimativa de tempo, custos, e procedimentos jurídicos relacionados com a disputa, desde o momento que o requerente requer o processo até o pagamento da disputa” (<http://portugues.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/brazil#enforcing-contracts> – acessado em 27.05.2012).

¹⁹ ARRUÑADA, Benito; ANDONOVA, Veneta. **Instituições de mercado e competência do judiciário**. In *Direito e economia*. Org. Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn. Rio de Janeiro : Elsevier, 2005. 2ª reimpressão. p. 197.

Estado na economia sirva como vetor de aceleração dos negócios e não como freio ao desenvolvimento.

3. CONSTITUIÇÃO, MERCADO E ERRADICAÇÃO DA POBREZA

Estudos identificam a inspiração da Constituição brasileira nos princípios insculpidos na Constituição de Weimar, como observa MIRIAM LEITÃO ao esclarecer os pontos de semelhança entre os momentos histórico e econômico vividos pelo Brasil de 1988 e a Alemanha de 1923:

Não há paralelo possível. E há. Alemanha de 1923, Brasil de 1989 viveram processos assemelhados e distantes; quase se tocam e se afastam. Diferenças e semelhanças notáveis. Os dois países viviam recomeços com a força poderosa das segundas chances. A Alemanha saía calcinada de uma guerra em que morreram milhões. O Brasil curava feridas da ditadura. A Alemanha fora derrotada numa guerra mundial; o Brasil saíra vitorioso no seu conflito político interno. A República de Weimar era o poder entregue a um grupo político renovador que inspirava uma Alemanha conciliadora e cosmopolita, mas, como todas as frentes de oposição, era fragmentado e contraditório. A Nova República era o poder entregue a uma frente ampla que tinha sido contra o regime militar, e mais os oportunistas que entraram no barco no último minuto. Weimar ampliou direitos sociais e prometeu a realização de vários sonhos de justiça social. A Constituição brasileira também. Eles sem lastro. Nós também. A Alemanha aumentou muito o déficit público para fazer frente a novas despesas. Nós também. Tínhamos credores externos. Eles também.²⁰

Partindo de tal perspectiva, comporta verificar que a Constituição Brasileira de 1.988, em vários de seus dispositivos, veicula normas relativas à economia e ao mercado chegando a dedicar o Capítulo I, do Título VII, inteiramente ao trato “*Dos princípios gerais da atividade econômica*”.

Suficiente a interpretação literal do texto constitucional para nele encontrar a indubitosa opção pelo modelo capitalista de organização econômica, vez que garantidos expressamente: **a livre iniciativa** (inciso IV, do artigo 1º e *caput* do artigo 170); **o direito de propriedade** (inciso XXII, do

²⁰ **Saga brasileira: a longa luta de um povo por sua moeda.** Rio de Janeiro : Record, 2011. pp. 226/227.

artigo 5º e inciso II, do artigo 170) e **a livre concorrência** (inciso IV, do artigo 170).

Certo é que, na mesma Constituição, constam também expressamente os objetivos de: **construção de uma sociedade livre, justa e solidária** assegurada a todos existência digna (inciso I, do artigo 3º e *caput* do artigo 170); **erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais** (inciso III, do artigo 3º) e **função social da propriedade** (inciso XXIII, do artigo 5º e inciso III, do artigo 170).

Ao mesmo tempo, portanto, em que a Constituição indica que a construção de “*uma sociedade livre, justa e solidária*” (inciso I, do artigo 3º) e a erradicação “*da pobreza*” e das “*desigualdades sociais*” (inciso III, do artigo 3º) constituem “**objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil**” (*caput* do artigo 3º - negrito nosso), determina o modo de realização destes objetivos, qual seja, o modelo capitalista de organização econômica. E isso porque, evidentemente, ao assegurar a propriedade privada dos meios de produção, a livre iniciativa e a livre concorrência certamente não era a nenhum outro modelo de organização econômica a que o constituinte estava a se referir.

No particular, é o magistério de FÁBIO TOKARS:

Ao contrário de boa parte de nossa doutrina, **a Constituição Federal de 1988 não abomina a economia de mercado**. Lá estão, de forma clara e direta, dois princípios fundamentais para que a economia possa se desenvolver: o da livre iniciativa e o da busca do pleno emprego.

A definição desta estratégia dissolve algumas encantadoras ilusões. Mas parece não haver outro caminho que conduza à redução da pobreza. **Sem emprego não há renda. E, sem apoio ao empreendedorismo, não há geração de empregos.** Simples assim²¹.

E também RACHEL STAJN, no mesmo sentido:

A produção e circulação da riqueza são um dos eixos da disciplina constitucional econômica conformados pelos bons costumes e o respeito à dignidade da pessoa humana, tanto que não apenas no art. 1º, IV, toma-se a livre iniciativa como fundamento, e no art. 170, Título VII, da Lei Fundamental a livre iniciativa está no *caput*,

²¹ TOKARS. Fábio Leandro. **Das falhas de mercado às falhas de estado**. In Revista Jurídica, n. 21. Curitiba, 2008. p. 147, negrito nosso.

antecedendo o respeito à dignidade das pessoas e a justiça social.

A opção política dos constituintes em 1988 pelo modelo capitalista de organização do sistema econômico é clara, sendo este o parâmetro primeiro a ser observado pelo legislador infraconstitucional para legitimar as normas de direito positivo²².

E, em seguida, a mesma autora conclui:

Assim é que o regime capitalista, de mercado, mesmo com as restrições – dignidade da pessoa humana e justiça social –, não implica abandono da livre iniciativa no plano econômico, da assunção de riscos e da apropriação privada dos benefícios produzidos²³.

Fato é que a Constituição brasileira criou direitos sociais sem prévia existência de recursos necessários à distribuição de riqueza pretendida, dependendo do fortalecimento do capitalismo e da economia de mercado como forma de obter os recursos e financiar os direitos sociais elencados no texto Constitucional.

Viviane Coêlho de Séllos Knoerr nos apresenta:

A responsabilidade dos governantes vem se somar à responsabilidade social das empresas do setor privado e à conscientização da sociedade, vez que de interesse comum que se efetivem os direitos fundamentais, permitindo a todos não apenas a busca como também o acesso à felicidade especialmente no que se refere à educação básica de qualidade, saúde pública preventiva e atendimento clínico e hospitalar eficazes e moradia segura, visando a formação de cidadãos comprometidos com a organização da sociedade e trabalhadores capacitados para criar e educar seus filhos sem permitir que os mesmos sejam vítimas de abusos, efetivando a democracia.

SÉLLOS, Viviane. O Problema da Dignidade Humana e os Projetos para Erradicação da Exploração do Trabalho Infantil. In Anais do CONPEDI. (http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/trabalho_justica_viviane_gon_dim.pdf). Florianópolis: Boiteux, 2006.

Conclui-se, de todo modo, que em atendimento a determinação constitucional expressa, o caminho a ser trilhado para alcançar os objetivos de

²² STAJN, Rachel. **Função social do contrato e direito de empresa**. In Revista de Direito Mercantil, Industrial e Econômico. Ano XLIV, nº 139, julho/setembro de 2005, p. 38, negritos nossos.

²³ Idem, p. 39.

erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais não é outro senão o desenvolvimento e aprimoramento do capitalismo e da economia de mercado. O que, conforme José Afonso da Silva, recai na dicotomia entre geração de lucro individual e de benefício social, sendo a busca do lucro “legítima *enquanto exercida no interesse da justiça social.*” Vez que perderá essa característica “*quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário*”²⁴, tornando-se ilegítima.

No entanto, este pensar, segundo o qual a *legitimidade* da atividade empresarial estaria *condicionada* ao atendimento dos interesses da justiça social e que o exercício da liberdade de iniciativa com finalidade puramente lucrativa acarretaria a sua *ilegitimidade* deve ser discutido à luz de estudos da economia, ciência própria para definir e estabelecer conceitos em torno da atividade lucrativa.

4. O EMPRESARIADO COMO PREPULSOR DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL

Certo é que já há muitos anos ADAM SMITH organizou as bases da moderna economia na percepção do fato de que o verdadeiro propulsor do capitalismo e da prosperidade é a busca individual dos próprios interesses de cada agente econômico que atua no mercado. Isso porque, ao direcionar esforços no sentido de obter os seus benefícios particulares, o agente econômico proporciona benefícios a toda a coletividade mesmo que não seja este o seu objetivo ou mesmo que às vezes nem tenha consciência dos benefícios que proporciona à sociedade. Ocorre, no entanto, que em nenhum momento ADAM SMITH afirmou que a mencionada busca dos interesses particulares do empresário capitalista significa desprezo à coletividade ou a quaisquer outros interesses alheios.

Senão, vejamos passagem de “*A riqueza das nações*”:

Em quase todas as outras espécies animais, cada indivíduo, ao atingir a maturidade, torna-se inteiramente

²⁴ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 7. ed. São Paulo : Malheiros, 2010. p. 725.

independente e, em sua situação normal, não precisa da ajuda de qualquer outra criatura viva. Mas o homem quase sempre precisa da ajuda de seus semelhantes, e **seria vão esperar obtê-la somente da benevolência**. Terá maiores chances de conseguir o que quer se puder interessar o amor-próprio deles a seu favor e convencê-los de que terão vantagem em fazer o que deles se pretende. Todos os que oferecem a outro qualquer espécie de trato propõem-se a fazer isso. Dê-me aquilo que eu desejo, e terás isto que desejas, é o significado de todas as propostas desse gênero e é dessa maneira que nós obtemos uns dos outros a grande maioria dos favores e serviços de que necessitamos. Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro e do padeiro que esperamos o nosso jantar, mas **da consideração que eles têm pelos próprios interesses**. Apelamos não à humanidade, mas ao amor-próprio, e nunca falamos de nossas necessidades, mas das **vantagens** que eles podem obter.²⁵

E, mais adiante:

Todo indivíduo empenha incessantemente seus esforços em descobrir o mais vantajoso emprego para o capital de que dispuser. De fato, **é seu próprio benefício, e não o da sociedade, que tem em vista**. Ora, a preocupação com seu próprio benefício naturalmente, ou melhor, necessariamente, **leva-o a preferir o emprego que seja o mais vantajoso para a sociedade**.²⁶

E, finalmente:

Assim como todo indivíduo se esforça o mais possível para investir seu capital na manutenção da atividade interna e com isso dirigir essa atividade de modo que sua produção tenha o máximo valor, todo indivíduo necessariamente também se empenha para tornar o rendimento anual da sociedade o maior possível. É verdade que **em geral não tem a intenção de promover o interesse público**, nem sabe quanto o está promovendo. Ao preferir sustentar a atividade interna em detrimento da atividade estrangeira, ele tem em vista somente a própria segurança; ao dirigir esta atividade de modo que sua produção tenha o maior valor possível, **não pensa senão no próprio ganho**, e neste, como em muitos outros casos, é levado por uma **mão invisível** a promover um fim que não era, em absoluto, sua intenção promover. Além disso, nem sempre é pior para a sociedade que não tivesse intenção de promover esse fim. **Ao buscar seu interesse particular, não raro promove o interesse da sociedade de modo mais**

²⁵ SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo : Martins Fontes, 2003. p. 19.

²⁶ Idem, p. 564.

eficaz do que faria se realmente se prestasse a promovê-lo.²⁷ (negritamos)

ADAM SMITH sustenta que a sociedade desfruta da facilidade de acesso aos bens de consumo porque os empresários que disponibilizam estes bens e serviços estão particularmente interessados no seu próprio benefício individual e não nalguma consideração altruísta relativamente aos benefícios experimentados pelos consumidores ou mesmo pela sociedade como um todo.

Vale dizer, na ótica de SMITH, o conforto de que a sociedade dispõe é oferecido ao mercado não com o propósito de atender aos interesses da sociedade e sim porque os empresários estão em busca de satisfazer os seus próprios interesses. Mas, na busca pelo atendimento aos seus interesses estes empresários acabam por necessariamente suprir os interesses e desejos da coletividade que precisa ou deseja os bens e serviços ofertados pelo empresário.

Ocorre que esta promoção do bem estar coletivo não é a finalidade direta almejada pelo empresário, pois este, conforme SMITH, pretende única e exclusivamente obter os seus interesses lucrativos.

Almejar um benefício individual como o lucro e, na busca deste benefício, promover o bem comum às vezes sem nem sequer perceber ou ter esta intenção não constitui em si um malefício. O lucro, como benefício pretendido a ser alcançado com o exercício da atividade empresarial, não possui por si e em si nenhuma carga valorativa que o qualifique a ser considerado intrinsecamente bom ou mal.

5. REFLEXÕES SOBRE O LUCRO

O lucro constitui precisamente o fim almejado pelo empresário, o objetivo a ser alcançado. Mas, é evidente que, no caminho percorrido até o alcance do seu objetivo de eficiência lucrativa, o capitalista deve proporcionar bem estar social como *consequência* natural do exercício da empresa, mas não por se tratar necessariamente do resultado por ele particularmente pretendido.

²⁷ Idem, p. 567.

Tanto assim que, especificamente acerca das imagens invocadas por ADAM SMITH na primeira das passagens acima transcritas, AMARTYA SEN compreende e leciona:

O açougueiro, o cervejeiro e o padeiro querem obter nosso dinheiro dando-nos a carne, a cerveja e o pão que fazem, e nós – os consumidores – queremos sua carne, cerveja e pão e estamos dispostos a pagá-los com nosso dinheiro. **As trocas beneficiam a todos nós, e nós não temos de ser altruístas alucinados para as levarmos a cabo.**²⁸ (negritamos)

AMARTYA SEN, invoca a teoria de ADAM SMITH para quem o benefício à coletividade é proporcionado pelo capitalista justamente durante a sua procura pelo benefício próprio consubstanciado no lucro. A intenção de satisfazer os próprios interesses, sob essa ótica, não constitui em si algo ruim, pois afeta positivamente toda a coletividade.

ADAM SMITH argumenta especificamente que *“não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro e do padeiro que esperamos o nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelos próprios interesses. Apelamos não à humanidade, mas ao amor-próprio, e nunca falamos de nossas necessidades, mas das vantagens que eles podem obter”*²⁹. Vale dizer: neste raciocínio os benefícios de que a coletividade desfruta pela atividade exercida pelos empresários decorre não da benevolência ou do altruísmo dos agentes econômicos mas sim *“da consideração que eles têm pelos próprios interesses”* porque nós, os consumidores, queremos os produtos ofertados e *“e estamos dispostos a pagá-los com nosso dinheiro”*.

De todo modo, não podemos olvidar que ao mirar a obtenção de recompensa individual lucrativa e independentemente das suas considerações ou não quanto aos benefícios proporcionados à coletividade, o empresário assume, com a sua iniciativa, todo o risco do empreendimento privado. Noutras palavras e de maneira objetiva: o risco do empreendimento é do empreendedor e isto está manifestamente adequado à essência do sistema capitalista. É que conquanto tenha em mente o lucro, o empresário assume e – necessariamente deve assumir – todo o risco pelo empreendimento de modo que o lucro obtido

²⁸ **A ideia de justiça.** São Paulo : Companhia das Letras, 2011. p. 220 – negritos nossos.

²⁹ SMITH, Adam. **A riqueza das nações.** São Paulo : Martins Fontes, 2003. p. 19 – negritos nossos.

constitui justamente o prêmio e a recompensa pelos riscos assumidos individualmente pelos empresários. Vale dizer, depois de correr o risco típico do negócio, é evidente que o benefício lucrativo deve ser direcionado justamente àquele que voluntariamente assumiu este risco.

Alternativamente, na hipótese de o empreendimento particular se revelar um manifesto insucesso obviamente o prejuízo é, também, do próprio empresário. E é justamente por tais motivos que a nossa legislação prevê que os lucros eventualmente distribuídos em fraude a credores devem ser restituídos à empresa, é por tais motivos que os salários dos empregados não podem ficar atrelados ao sucesso do empreendimento, é por tais motivos que os impostos sobre o consumo incidem quando ocorrido o fato gerador independentemente do efetivo pagamento, pelo consumidor, do valor constante nas notas fiscais e demais documentos pertinentes... mas é também por tais motivos que, após o cumprimento de todas estas obrigações legais em favor de todos aqueles que não assumiram o risco do negócio, o lucro ao final produzido pertence integralmente ao empresário.

No mesmo sentido o magistério de JOSÉ PASCHOAL ROSSETTI e ADRIANA ANDRADE:

O sistema capitalista estaria assim historicamente associado às provisões sociais de bens e serviços, originárias das iniciativas empresariais. Obviamente, trata-se então de sistema que mantém relações íntimas com a motivação do lucro. Este é o **prêmio buscado** tanto por agentes que financiam o espírito empreendedor de terceiros, quanto pelos que aplicam seus próprios recursos com o objetivo de vê-los multiplicados pela iniciativa de proporcionarem aos outros as mais diversas categorias de suprimentos. **O lucro privado é também o prêmio pela ousadia, pela inovação e pelos riscos inerentes à criação de produtos novos**, que mudam os hábitos individuais e sociais, promovem o crescimento dos mercados e ampliam, simultaneamente, as aspirações humanas e os padrões de desenvolvimento das nações³⁰.

E, mais adiante, os mesmos autores concluem:

³⁰ **Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. 5. ed. São Paulo : Atlas, 2011, p. 30, negrito nosso.

A legitimidade da maximização dos interesses dos *shareholders*³¹ provém de serem **maiores os seus riscos e de serem residuais as garantias de recuperação ou de retorno dos seus investimentos.**

As empresas podem ser vistas como “nexos de contratos”, em que se realizam transações regidas por direitos legalmente estabelecidos. Todos os *stakeholders*³² têm algum tipo de interesse sobre as empresas – sejam gerentes, trabalhadores, fornecedores, clientes, consumidores. Obviamente, os proprietários também os têm, incluídos os de tomarem decisões que afetam direta ou indiretamente os interesses de todos os demais. Mas há uma diferença fundamental entre os direitos dos proprietários, os dos agentes empregados pelas empresas e os dos que com elas mantêm vínculos transacionais. Todos estes agentes incorrem obviamente em riscos associáveis ao não-cumprimento das obrigações contratuais que as empresas assumem com eles. Caso ocorram, podem acionar judicialmente as empresas, requerendo até sua falência: estes riscos estão assim sob proteção de ações até radicais. Já **os proprietários têm direitos residuais, o que implica assumirem os mais altos riscos, comparativamente aos assumidos pelos demais stakeholders**³³.

É a busca do lucro, portanto, que estimula os empreendedores a empreender. São os interesses individuais de recompensa lucrativa e não razões altruístas relativamente aos benefícios coletivos que movem os empreendedores porque *“no meio em que as empresas são criadas e geridas prevalecem as forças utilitárias do benefício financeiro”*³⁴. E é justamente a assunção dos riscos do negócio aliada à apropriação residual dos resultados financeiros³⁵ que justifica o benefício lucrativo individual do empreendedor.

³¹ *Shareholders* é a “denominação genérica de proprietários e investidores” (ROSSETI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. **Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. 5. ed. São Paulo : Atlas, 2011, p. 108).

³² *Stakeholders* são “pessoas, grupos ou instituições, com interesses legítimos em jogo nas empresas e que afetam ou são afetados pelas diretrizes definidas, ações praticadas e resultados alcançados” (ROSSETI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. **Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. 5. ed. São Paulo : Atlas, 2011, p. 108). Noutras palavras, *stakeholders* são tanto os proprietários e acionistas das empresas quanto os empregados, credores, fornecedores, parceiros de negócio, governo, clientes, consumidores e a comunidade em geral com interesses no entorno da empresa.

³³ **Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. 5. ed. São Paulo : Atlas, 2011, pp. 114/115, negrito nosso.

³⁴ *Idem*, p. 113.

³⁵ Diz-se *apropriação residual dos resultados financeiros* porque, como já visto anteriormente, o empreendedor somente recebe os lucros do empreendimento após o cumprimento de todas as obrigações legais trabalhistas, previdenciárias e tributárias assumindo o risco de não receber nenhum benefício caso o resultado financeiro da atividade empresarial não seja suficiente para o custeio de todas estas obrigações. Daí a expressão *apropriação residual* dos resultados financeiros.

E mais:

- a) Considerando o risco típico de qualquer empreendimento, o retorno lucrativo em benefício do empreendedor é manifestamente incerto;
- b) O retorno do investimento, portanto, só será efetivo na hipótese de o negócio ser bem conduzido e administrado e, ainda, se a competição for saudável e adequada de modo a permitir o crescimento da empresa, se o mercado estiver num momento favorável ao negócio ofertado, se as instituições estiverem adequadas, etc.;
- c) À exceção dos proprietários e acionistas da empresa, todos os demais *stakeholders* podem livremente deixar o negócio seja pedindo demissão, seja rescindindo contratos, seja procurando outros fornecedores, etc.;
- d) Os direitos dos empreendedores ao recebimento dos benefícios de recompensa lucrativa são residuais e, portanto, dependem do cumprimento de todas as demais obrigações legais que precedem a distribuição de lucro.

De todo modo, JOSÉ PASCHOAL ROSSETTI e ADRIANA ANDRADE lembram que:

Esta concepção não significa desconsideração por compromissos morais e legais com as outras partes interessadas, até porque os resultados das empresas poderão ser negativamente impactados se prevalecerem, radicalmente, condutas que veem no lucro máximo como variável independente do atendimento das demandas do conjunto de *stakeholders*. A administração estratégica das demais partes interessadas no bom desempenho das empresas é premissa fundamental para o êxito nos negócios e para a geração dos retornos esperados pelos proprietários³⁶.

No entanto, há doutrinadores que entendem por reprovável a busca da eficiência lucrativa pelos empresários e demais agentes econômicos como fim único, como podemos constatar nas palavras de CARLOS ALBERTO FARACHA DE CASTRO:

³⁶ **Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. 5. ed. São Paulo : Atlas, 2011, pp. 113/114, negrito nosso.

Não se pode olvidar, também, que *‘há quem argumente que a função social da empresa é gerar lucros’*, como é o pensamento de Alfredo Assis Gonçalves Neto, que escrevendo sobre a sociedade por ações, aduz que *‘não é constituída para atender o interesse público, mas para buscar o lucro no exercício de uma atividade econômica de interesse do conjunto de seus acionistas’*. Ora, essa opinião, se de um lado exige respeito, de outro obriga-nos a complementá-la, no sentido de que **o lucro não é proibido, podendo até ser o objetivo principal da atividade**, o que, no entanto, não afasta a obrigatoriedade de sua distribuição ser compatibilizada com a satisfação dos acionistas e investidores e o imperativo de solidariedade constante na Constituição Federal, propiciando, assim, benefícios concomitantes aos trabalhadores e à comunidade em geral.³⁷

Considerar que na atividade empresarial *“o lucro não é proibido”* e pode **até** ser o seu objetivo revela o entendimento da finalidade lucrativa da atividade empresarial como uma concessão ou outorga de algum benefício à empresa. Noutras palavras, nesta corrente, a obtenção de lucro pode ser compreendida como um *favor legal* concedido à empresa. Mas, retire-se da empresa a possibilidade concreta da lucratividade e estar-se-á decretando o fim da atividade empresarial tal qual o capitalismo até aqui conheceu e, conseqüentemente, conforme a teoria de ADAM SMITH, prejuízo à coletividade e ao bem comum, ferindo os objetivos da República, expressos na Constituição.

CONCLUSÕES

Negar as qualidades do modelo capitalista sob o argumento de ser essencialmente ruim a busca do interesse próprio do agente econômico é fechar os olhos a todo o desenvolvimento social e humano que foi produzido e proporcionado justamente pelo capitalismo sem considerar a realidade e os efeitos práticos benéficos à coletividade que somente foram produzidos pelo modelo econômico capitalista. E isso porque as comodidades da vida moderna só estão atualmente disponíveis para a sociedade porque e só porque o capitalismo proporcionou condições suficientes para ampliar o acesso das

³⁷ **Preservação da empresa no código civil**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 139 – grifo e negritos nossos.

peças a estes benefícios antes restritos aos integrantes das classes economicamente mais abastadas.

Registre-se, portanto, que a inexistência de conflito entre a liberdade de iniciativa, a dignidade humana e a função social da empresa se dá precisamente porque a norma pertinente é o conteúdo de valor jurídico *resultante* da combinação de significados de cada um destes conceitos cujo valor constitucional é precisamente o mesmo eis que veiculados todos em igual hierarquia no texto da Constituição Federal de 1988. Vale dizer, não existe inicialmente uma liberdade de empresa que num segundo momento é *limitada* pela função social da propriedade e pela dignidade humana; o que existe é a determinação constitucional para que a empresa atue livremente desde que *conforme* as regras de bem estar da coletividade – mas isto não significa que exista alguma espécie de *ordem hierárquica* a ser seguida entre os comandos constitucionais em análise. Não há hierarquia de valores, não há cronologia, não há conflito ou antinomia.

A função social da empresa é a *resultante* do significado de cada conteúdo isolado cuja harmonização deve ser bem pensada pelo intérprete sob pena de privilegiar os valores mais facilmente compreendidos no contexto de uma ideologia vinculada a princípios de justiça distributiva em prejuízo de outros valores tão importantes e tão constitucionais como, por exemplo, a livre iniciativa e a propriedade privada, mais aceitos num ambiente ideológico capitalista. Não se pode olvidar, no entanto, que a Constituição alberga tais princípios de modo igualmente importante, sem benefícios ou privilégios a qualquer um deles e cabe ao intérprete harmonizá-los numa leitura do texto constitucional que evite a conclusão de alguma supremacia de um sobre o outro pois, neste caso, não mais estaremos a tratar da “*ideologia positivada*” no texto constitucional mas sim da ideologia própria do intérprete.

Insistimos, portanto, no entendimento de não haver alguma espécie de *limitação* constitucional à livre iniciativa eis que tal raciocínio dá a entender a existência de uma livre iniciativa extremamente ampla mas que, em virtude das disposições constitucionais relativas à justiça social, é limitada ou restrita ou contida nas linhas da função social ou da busca da erradicação da pobreza como se, havendo alguma ordem de prevalência nos valores

constitucionais em análise, a livre iniciativa pudesse ser mutilada ou reduzida na sua amplitude por causa de outros princípios constitucionais.

Esta conclusão – a de que a erradicação da pobreza e a função social funcionariam como espécie de restrição à extensão da livre iniciativa – que se tira da leitura do texto constitucional eis que a compreensão da livre iniciativa deve ser obtida a partir da consideração das normas constitucionais como um todo: entendemos por livre iniciativa o conteúdo de valor jurídico obtido após as considerações de todas as determinações constitucionais pertinentes não só especificamente à livre iniciativa mas também à erradicação da pobreza, eliminação das desigualdades sociais e justiça social.

Mas também, obrigatoriamente e por imperativo de coerência lógica sistemática devemos entender por justiça social e erradicação da pobreza a conclusão resultante da interpretação harmônica destes conceitos àquele conteúdo de valor jurídico compreendido no conceito do que se costuma chamar por livre iniciativa de modo que os objetivos constitucionais de erradicação da pobreza e justiça social devem ser compreendidos precisamente no âmbito da conclusão lógica resultante da consideração das normas constitucionais como um todo.

BIBLIOGRAFIA

- ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. ***Why nations fail: the origins of power, prosperity and poverty***. New York : Crown Business, 2012.
- ALVAREZ, Alejandro Bugallo. ***Análise Econômica do Direito: contribuições e desmistificações***. Direito, Estado e Sociedade – v. 9. n. 29. p. 49-68. jul/dez 2006.
- BANCO MUNDIAL. ***Doing Business 2012: Fazendo negócios em um mundo mais transparente***. <http://portugues.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2012>, acessado em maio/2012.
- BECK, Ulrich. ***La sociedad del riesgo mundial: em busca de la seguridad perdida***. España : Ediciones Paidós Ibérica S/A, 2008.
- _____. ***Liberdade ou capitalismo: Ulrich Beck conversa com Johannes Willms***. São Paulo : Editora UNESP, 2003.

- _____. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.** São Paulo : Editora 34, 2010.
- BOUCKAERT, Boudewijn, and GERRIT DE GEEST, eds. (2000). **Encyclopedia of Law and Economics** (Edward Elgar, Online version).
- BUCHANAN, James M. **Custo e Escolha – Uma indagação em teoria econômica.** Luiz Antonio Pedroso Rafael (Trad.) São Paulo: Inconfidentes, 1993.
- CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito. Uma visão Crítica.** Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.
- CAMINHA, Uinie. **Securitização.** 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2007.
- CAMPOS FILHO, Wilson Carlos de. *Políticas de ação afirmativa no contexto do direito constitucional brasileiro.* In KNOERR, Viviane Coêlho de Séllos; TAFURI, José Mário; BORGES, Alexandre Walmott; CAPORLÍNGUA, Vanessa; COSTA, Ilton Garcia da; GIBRAN, Sandro Mansur; HENRIQUES, Ruy Alves filho; MOURA, Luiza; SHIRAI, Masako; OPUSZKA, Paulo Ricardo; SOUZA, Nilson Araújo de (Orgs.). **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito Empresarial e Cidadania**, n. 1, ISSN: 85-87994-75X *Online.* Curitiba: UNICURITIBA, 2011.
- CARVALHO, Cristiano. **A Análise Econômica do Direito Tributário.** In: "Direito Tributário – Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- CARVALHO, Bruno Sciberras de. **A escolha racional como teoria social e política: uma interpretação crítica.** Rio de Janeiro: Topbooks, 2008.
- COASE, Ronald Harry. **The nature of the firm: origins, evolution and development.** New York : Oxford University Press, 1993.
- _____. **The problem of social cost.** Journal of Law and Economics, nº 3, 1960.
- _____. **The institutional structure of production.** In: *American Economic Review*, n. 82, p. 713-719. 1991.
- _____. **The firm, the market and the law.** The University of Chicago Press, 1988.
- _____. **O problema do custo social.** Tradução de Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilha, bacharéis em Direito na PUC/RS e membros do Grupo de Pesquisa em Direito e Economia da PUC/RS, coordenado pelo

- Prof. Dr. Luciano Benetti TIM. Revisão técnica de Antônio José Maristrello Porto (FGV DIREITO RIO) e Marcelo Lennertz (FGV DIREITO RIO).
- COELHO, Fábio Ulhoa. ***Direito e poder: ensaio de epistemologia jurídica***. São Paulo : Saraiva, 2005.
- COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. ***Recomendações da CVM sobre governança corporativa***, 2002.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. ***Direito & economia***. 5. ed. Porto Alegre : Bookman, 2010.
- DAMODARAN, Aswath. ***Gestão estratégica do risco: uma referência para a tomada de riscos empresariais***. Porto Alegre : Bookman, 2009.
- DIAS, Daniella Maria dos Santos. ***Democracia e desenvolvimento sustentável***. http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/daniella_maria_dos_santos_dias.pdf.
- DIMOULIS, Dimitri. ***Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político***. São Paulo : Método, 2006.
- DOWNS, Anthony. ***Uma Teoria Econômica da Democracia***. Editora Edusp.
- DWORKIN, Ronald. ***Uma questão de princípio***. São Paulo : Martins Fontes, 2000.
- FLORENZANO, Vincenzo D. ***Sistema Financeiro e Responsabilidade Social. Uma proposta de regulação fundada na teoria da justiça e na análise econômica do direito***. São Paulo: Textonovo, 2004.
- FORGIONI, Paula A. ***Os fundamentos do antitruste***. 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. ***A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro***. In Revista de Direito Mercantil, Industrial e Econômico. Ano XLII, nº 130, abril/junho de 2003, p. 8.
- FRIED. Charles. ***Contrato como promessa: uma teoria da obrigação contratual***. Rio de Janeiro : Elsevier, 2008.
- FRIEDMAN, David (1987). "***Law and economics***" *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, v. 3.
- GALUPPO, Marcelo Campos. ***Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos: a contribuição da obra de Alexy***. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 135-136, 2º semestre/1998.

- HAYEK, Friedrich August von. ***Direito, Legislação e Liberdade: Uma nova reformulação dos princípios liberais de justiça e economia política*** (Volume 1). São Paulo: Editora Visão, 1985.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. ***Código das melhores práticas de governança corporativa***. 4. ed. São Paulo : IBGC, 2009.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. ***Guia de orientação para o gerenciamento de riscos corporativos***. São Paulo : IBGC, 2007.
- JESSUA, Claude. ***Capitalismo***. Porto Alegre : L&PM, 2009.
- KAKINAMI, Kelly; SECURATO, José Roberto. ***Risco legal e formação de preço nos contratos***. <http://www.ead.fea.usp.br/Semead/8semead/resultado/trabalhosPDF/301.pdf>, acessado em julho/2012.
- KENNEDY, Duncan (1998). ***"Law-and-Economics from the Perspective of Critical Legal Studies"*** (from The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law PDF.
- KUYVEN, Luiz Fernando Martins (coordenador). ***Temas essenciais de direito empresarial: estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa***. São Paulo : Saraiva, 2012.
- LEITÃO, Miriam. ***Saga brasileira: a longa luta de um povo por sua moeda***. Rio de Janeiro : Record, 2011.
- LIMA, Elisberg Francisco Bessa. ***Análise econômica do direito de propriedade e a ordem constitucional brasileira***. <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3133.pdf>.
- LORENZETTI, Ricardo Luís. ***Comércio Eletrônico***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- LORENZETTI, Ricardo Luís. ***Fundamentos do Direito Privado***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MANKIWI, N. Gregory. ***Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia***. Rio de Janeiro : Campus, 2001. 2. ed.
- MARTINS-COSTA, Judith. ***Comentários ao novo código civil***. Volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

- _____. ***Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro.*** AJURIS, n. 56, nov./1992, p.56-86.
- NEGREIROS, Teresa. ***Teoria dos contratos: novos paradigmas.*** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NORONHA, Fernando. ***Contratos de consumo padronizados e de adesão.*** ***Revista de Direito do Consumidor***, São Paulo, n.º 20, p. 88-111, out./dez. 1996.
- OLIVEIRA, Francisco Cardozo. ***Uma nova racionalidade administrativa empresarial.*** In: TONIN, Marta Marília; GEVAERD, Jair. (Org.). *Direito empresarial e cidadania: questões contemporâneas.* Direito empresarial e cidadania: questões contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2004.
- PACHECO, Pedro Mercado. ***El Analisis Económico del Derecho – una Reconstrucción Teórica.*** Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994,
- PARDOLESI, Roberto & MATTEI, Ugo. ***Law and Economics in Civil Law Countries: a Comparative Approach.*** *International Review of Law and Economics.* n. 265 (1991).
- PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. ***Análise Econômica da Litigância.*** Coimbra: Almedina, 2005.
- PICCHI, Flavio Augusto. ***Contribuição à Análise Econômica do Direito Internacional Privado*** (dissertação de mestrado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo). São Paulo, 2010.
- POLINSKY, A. Mitchell, and Steven Shavell (2008). ***law, economic analysis of," The New Palgrave Dictionary of Economics***, 2nd Edition. Abstract and pre-publication copy.
- POSNER, Eric. ***Análise econômica do direito contratual: sucesso ou fracasso?*** São Paulo : Saraiva, 2010.
- POSNER, Richard A. ***Para além do direito.*** São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- _____. ***Problemas de filosofia do direito.*** São Paulo : Martins Fontes, 2007.
- _____. ***Economic Analysis of Law*** (Aspen, 7th edition). ISBN 978-0-7355-6354-4.
- POSNER, Richard. ***Some Uses and abuses of Law and Economics.*** *The University Of Chicago Law Review.* v. 46. n. 2. 1978-1979.

- PRADO, Ney. ***Economia Informal e o Direito no Brasil***. São Paulo: LTr, 1991.
- PYLE, David J. ***Cortando os Custos do Crime. A Economia do Crime e da Justiça Criminal***. Renato Barraca (Trad.) Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2000.
- RAJAN, Raghuran; ZINGALES, Luigi. ***Salvando o capitalismo dos capitalistas: acreditando no poder do livre mercado para criar mais riqueza e ampliar as oportunidades***. Rio de Janeiro : Elsevier, 2004.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. ***Direito dos Contratos. Estudos***. Coimbra: Coimbra editora, 2007.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. ***Problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual***. Coimbra: Coimbra editora, 1999.
- RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. ***Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica***. Rio de Janeiro : Elsevier, 2009.
- RIZZARDO, Arnaldo. ***Contratos***. Rio de Janeiro : Forense, 2008. 8. ed.
- RODRIGUES, Vasco. ***Análise Econômica do Direito- uma introdução***. Coimbra: Almedina, 2007.
- ROPPO, Enzo. ***O Contrato***. Coimbra: Almedina, 1999.
- ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. ***Diálogos com a Law & Economics***. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.
- ROSENFELD, Denis Lerrer. ***Justiça, democracia e capitalismo***. Rio de Janeiro : Elsevier, 2010.
- ROSSETI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. ***Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências***. 5. ed. São Paulo : Atlas, 2011.
- SAAD, Gabriel. ***Comentários ao CDC***. 6ª ed. São Paulo: LTr., 2006.
- SADDI, Jairo (organizador). ***Fusões e aquisições: aspectos jurídicos e econômicos***. São Paulo : IOB, 2002.
- SALAMA, Bruno Meyerhof (organizador). ***Direito e economia: textos escolhidos***. São Paulo : Saraiva, 2010.

- SÉLLOS, Viviane . **Da interpretação constitucional : regras adequadas à atualidade : (por uma nova hermenêutica)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Clássica, 2008.
- SÉLLOS, Viviane . **A responsabilidade social empresarial e a efetivação dos programas nacionais visando a erradicação da exploração do trabalho infantil como questão de dignidade humana**. Anima Revista Eletronica, v. VI, p. 4, 2011.
- TEPEDINO, Gustavo, coordenador. **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro : Renovar, 2005.
- _____; BODIN DE MORAES, Maria Celina e BARBOZA, Heloisa Helena. **Código Civil interpretado à luz da Constituição da República**, volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. **Temas de direito civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro : Forense, 2008. 3. ed.
- TIMM, Luciano Benetti (organizador). **Direito e economia**. São Paulo : Thomson/IOB, 2005.
- _____; MACHADO, Rafael Bicca (coordenadores). **Função social do direito**. São Paulo : Quarter Latin, 2009.
- TOKARS. Fábio Leandro. **Das falhas de mercado às falhas de estado**. In Revista Jurídica, n. 21. Curitiba, 2008.
- TRUBEK, David M.; VIEIRA, Jorge Hilário Gouvêa; SÁ, Paulo Fernandes de. **Direito, planejamento e desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro (1965-1970)**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2011.
- _____. **O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 28, n. 11, jul.-set./1991. p. 296.
- _____. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 2.
- WILLIAMSON. Oliver E. **The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting**. New York : The Free Press, 1985.
- ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (organizadores). **Direito e economia**. Rio de Janeiro : Elsevier, 2005. 2ª reimpressão.