

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Luiz Gonzaga Modesto de Paula

O princípio da inerência do risco na atividade empresarial

Doutorado em Direito Empresarial

São Paulo

2019

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Luiz Gonzaga Modesto de Paula

O princípio da inerência do risco na atividade empresarial

Doutorado em Direito Empresarial

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na subárea Direito Empresarial, linha de pesquisa Direito Falimentar, sob a orientação do Professor Doutor José Roberto D´Affonseca Gusmão.

São Paulo

2019

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Luiz Gonzaga Modesto de Paula

O princípio da inerência do risco na atividade empresarial

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na subárea Direito Empresarial, linha de pesquisa Direito Falimentar, sob a orientação do Professor Doutor José Roberto D´Affonseca Gusmão.

Aprovado em: ____/____/____.

Banca Examinadora

Professor Doutor José Roberto D´Affonseca Gusmão (Orientador).

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Julgamento _____ Assinatura _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Para minha esposa Vera Lucia, pela paciência e suporte indispensável e para minha filha Rafaella, pelo incentivo e apoio.

Sinceros agradecimentos ao meu mestre, Prof. Dr. José Roberto D’Affonseca Gusmão, pelos inestimáveis ensinamentos para a conclusão deste trabalho.

AGRADECIMENTO

Especial agradecimento à Fundação São Paulo, mantenedora da Universidade Católica de São Paulo, pela concessão de bolsa de estudos, sem a qual seria impossível a conclusão do curso de mestrado e doutorado.

RESUMO

Toda atividade humana apresenta um potencial de risco. O simples caminhar pode resultar em tropeço. Um bebê dormindo em seu berço pode, eventualmente, bater com a cabeça na grade e sofrer uma lesão. Em todas as atividades, as pessoas se cercam de cuidados para evitar o pior. O pai e a mãe, cientes dos riscos, acolchoam as grades para evitar um acidente. O risco existe, em maior grau, na atividade empresarial, e na maioria das vezes as autoridades não protegem adequadamente esse exercício. Quando alguém investe numa atividade empresarial, cria um mecanismo de atividade econômica no qual aglutina investidores, incentiva fornecedores, satisfaz consumidores, cria postos de trabalho que vão sustentar as famílias dos trabalhadores, e gera tributos para o Estado. Mas deve estar atento para os riscos que cercam essa atividade.

O risco na atividade empresarial é o fracasso. O insucesso da empresa afeta toda a coletividade onde está inserida porque frustra todas as expectativas e gera prejuízos à coletividade que se uniu em torno da atividade empresarial. Cumpre, então, à sociedade engendrar meios e ações no sentido de eliminar no maior grau possível os riscos da empresa.

Deve ser reconhecido, no campo jurídico, o princípio da inerência do risco na atividade empresarial e haver colaboração de cada um na sua esfera, para diminuir esses riscos. Essa colaboração envolve o legislador, ao criar leis de proteção, o intérprete, ao adequar os estudos à realidade empresarial, e o julgador, ao utilizar essas lentes na solução das dificuldades empresariais.

Tudo feito a partir de uma visão das relações humanas, dentre as quais avulta a empresa. Nesta pesquisa, a atividade empresarial será inserida numa visão trifásica do direito: legislação, interpretação e julgamento; em seguida, será examinada a legislação existente sobre as dificuldades operacionais da empresa; conclui-se pela necessidade de se rever o caráter infamante da falência e da recuperação de empresas em crise.

Esse é o escopo desta tese. Sabendo dos riscos que o cercam, pedimos antecipadas escusas se o objetivo não for atingido.

Palavras-chave: Risco. Atividade empresarial. Falência. Recuperação de empresas.

ABSTRACT

Every human activity has a potential for risk. Simple walking may result in stumbling. A baby sleeping in his crib may eventually hit his head on the railing and suffer an injury. In all activities, people surround themselves with care to avoid the worst. The father and mother, aware of the risks, pad the bars to avoid an accident. The risk exists to a greater extent in business activity, and most of the time the authorities do not adequately protect this exercise. When someone invests in a business activity, it creates a mechanism of economic activity in which it brings together its investors, encourages its suppliers, satisfies its consumers, creates jobs that will support the families of the workers, and generates taxes for the state. But you must be aware of the risks surrounding this activity.

Risk in business is failure. The failure of the company affects the whole community where it is inserted because it frustrates all expectations and generates damages for the whole community that has united around the business activity. It is then up to the whole society to generate means and actions to eliminate as much as possible the risks of the company.

They must recognize the existence, in the legal field, of the principle of inherent risk in business activity and collaborate, each in its sphere, to reduce these risks. From the legislator creating laws of protection, the interpreter in the adequacy of studies to the business reality, and the judge using these lenses in the solution of business difficulties.

Based on a vision of human relations, among which the company excels, inserting this activity in a three-phase view of Law: legislation, interpretation and judgment, to finally examine the existing legislation on the operational difficulties of the company, and conclude by the need to review the infamous character of bankruptcy and the recovery of companies in crisis.

This is the scope of this paper. Knowing the risks that surround it, we ask for early excuses if we do not reach the goal.

Keywords: Risk. Business Activity. Bankruptcy. Business Recovery.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I - OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS, OS VÍNCULOS HUMANOS E O ORDENAMENTO.....	14
1. UMA NOÇÃO PRELIMINAR DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS	21
2. OS VÍNCULOS HUMANOS.....	23
a) Os vínculos naturais.....	27
b) Os vínculos sociais.....	28
c) Os vínculos jurídicos.....	30
c.1) A relação jurídica involuntária (imposta).....	33
c.2) As relações jurídicas voluntárias.....	36
3. O ORDENAMENTO JURÍDICO.....	43
CAPÍTULO II - A CONSTRUÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	52
a) A primeira fase: a criação das normas	61
b) A segunda fase: a interpretação das normas.....	67
c) A terceira fase: a aplicação das normas aos fatos.....	72
CAPÍTULO III - O CONTEÚDO AXIOLÓGICO DOS PRINCÍPIOS.....	78
CAPÍTULO IV - OS PRINCÍPIOS DO DIREITO COMERCIAL.....	102
1. OS PRINCÍPIOS EXPLÍCITOS	102
a) o princípio da liberdade de iniciativa	105
b) princípio da liberdade de concorrência.....	107
c) princípio da liberdade de associação	108
d) o princípio majoritário das deliberações sociais.....	109
e) princípios do direito cambiário	110
2. OS PRINCÍPIOS IMPLÍCITOS.....	111
a) princípio da função social da empresa.....	111
b) princípio da preservação da empresa	112
c) princípio da autonomia patrimonial da sociedade empresária.....	113
d) princípio da irresponsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais	114
e) princípio da limitação da responsabilidade dos sócios	115
f) princípio da proteção ao sócio minoritário	117
g) princípio da autonomia da vontade	118
h) princípio da vinculação dos contratantes	119
i) princípio da proteção ao contratante mais fraco	121
j) princípio da eficácia dos usos e costumes	121

3 OS PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DA LEGISLAÇÃO FALIMENTAR.....	122
a) o princípio da inerência do risco na atividade empresarial	124
b) o princípio do impacto social da crise da empresa.....	124
c) o princípio da transparência nos processos falimentares.....	127
d) o princípio do tratamento paritário dos credores.....	127
e) princípio da eliminação rápida das empresas inviáveis	128
f) princípio da proteção dos trabalhadores	128
g) princípio da redução do custo de crédito	129
h) princípio da celeridade processual	129
i) princípio da segurança jurídica	130
j) princípio da participação ativa dos credores.....	131
k) princípio da preservação do valor dos ativos falido	131
l) princípio da desburocratização	131
CAPÍTULO V - A ATIVIDADE EMPRESARIAL E O RISCO.....	134
1 UM CONCEITO DE RISCO EMPRESARIAL	143
2 A NATUREZA DO RISCO EMPRESARIAL.....	145
a) O risco contratual.....	146
b) o risco natural: fatores externos e fatores internos	148
b.1. Os fatores externos de risco empresarial	148
a) as mudanças no perfil do consumo	149
b) as alterações das necessidades do mercado	150
c) a falta de empenho da mão de obra	151
d) a escassez de crédito.....	152
e) a burocracia excessiva	153
f) o excesso de tributação	154
g) a falta de segurança	154
h) a fragilidade dos contratos	155
i) a insegurança jurídica	157
b.2. Os fatores internos dos riscos empresariais.....	159
a) a má gestão	159
b) a falta de planejamento	160
c) os investimentos desastrosos.....	160
d) o desvio de recursos pelo empresário	160
e) a deterioração do ambiente de trabalho	161

3 O RISCO EMPRESARIAL E O INSUCESSO.....	161
CAPÍTULO VI - O PRINCÍPIO DA INERÊNCIA DO RISCO NA ATIVIDADE EMPRESARIAL	166
CONCLUSÕES.....	184
REFERÊNCIAS.....	198

INTRODUÇÃO

O nosso objeto - o princípio da inerência do risco na atividade empresarial -, na medida em que passa a ser considerado, vem adquirindo forte influência sobre todo o ordenamento jurídico, principalmente sobre as regras que, direta ou indiretamente, digam respeito à atividade econômica. Não caberia nos estreitos limites deste trabalho, o seu equacionamento completo. Por isso, vamos centrar nossa atenção, em suas aplicações mais evidente: no denominado direito falimentar (falência e recuperação de empresas), elaborado à partir das disposições legais contidas na Lei Federal nº. 11.101, de 2005, a saber: os métodos de recuperação da empresa em crise, e no processo de falência.

Para tanto, inicialmente aprofundaremos a noção de ‘risco’, para verificarmos se existe verdadeiramente um risco na atividade empresarial, que exija um esforço legislativo maior para a preservação da atividade empresarial. Mostraremos que a noção de risco empresarial tem duas dimensões: uma dimensão externa e uma dimensão interna. Podemos denominar de externos os riscos normais para qualquer negócio ou atividade, e que, adiante, classificaremos de riscos voluntários e riscos involuntários, dependendo da vontade do empresário a sua ocorrência; e riscos internos, aqueles derivados da atuação do empresário na formulação de seus contratos em busca do lucro, ou seja, a eficiência na alocação de riscos feita pelo empresário nas suas contratações. Podemos ainda, nesse passo, distinguir atividade perigosa de atividade de risco, para concluir que a atividade empresarial, muito embora contenha certo grau de risco, não pode ser considerada uma atividade perigosa, por mais adversa que possa ser sua prática.

Em seguida, investigaremos os principais fatores dos riscos na atividade empresarial, sabendo de antemão da impossibilidade de esgotar as inúmeras hipóteses, mas, certamente, identificando as mais relevantes. Vamos ressaltar a necessidade das empresas de manterem um sistema de gestão de risco, aliado ao seu regime de compliance por conta das exigências legais sobre as empresas e pelas complicações mercadológicas que acompanham a atividade empresarial, principalmente por conta do volume de regras impostas sobre a mesma, as quais, em sua maioria, não são relativas à atividade empresarial propriamente dita, mas de natureza trabalhista, consumerista, tributária e fiscalizatórias.

Para enfrentarmos essa discussão, como fundamento da exposição, vamos introduzir o conceito de “vínculos humanos”, em suas diversas formas, para justificar a conclusão que as normas de conduta, ou de “dever-ser”, como chamam alguns, no seu caráter deôntico, nada mais fazem do que estabelecer vínculos entre pessoas: hoje denominadas de ‘relações jurídicas’. Entendemos ser importante essa explanação, porque vamos alinhar a este estudo uma visão trifásica do estudo do direito: a fase da criação da norma, a fase da interpretação da norma na sua adequação do fato real, e a fase decisória de criação de uma relação jurídica.

Com esse instrumental introdutório, estaremos, ao seu final, aptos a enfrentar a descoberta dos princípios jurídicos em direito falimentar e as influências por eles exercidas nas atividades legislativa, interpretativa, acadêmica e jurisdicional. Para tanto, inicialmente, procuraremos desvendar suas origens, e a possibilidade da existência de princípio não escritos: os princípio denominados de implícitos. Especialmente os mais influentes: o da preservação da empresa, o da inerência do risco e o do impacto social da crises. Embora não estão previstos em nenhuma norma legal, decorrem, em primeiro lugar, da experiência, e em segundo, de outros princípios constitucionais e legais expressos. Em outras palavras, a Constituição Federal de 1988, principiológica por natureza, e criada pela influência dessa orientação filosófica, então vigente, sobre a prevalência de orientações gerais e superiores para conformar o ordenamento jurídico moderno, expressou uma série de comandos normativos genéricos, amplos e perenes, conformando o próprio espírito desse específico ordenamento. E, dessas normas expressas, por interpretação, podemos construir princípio não escritos, tais como o da preservação da empresa, o da inerência do risco na atividade empresarial e o do impacto social da crise da empresa, dentre outros em outros ramos do direito.

Estabelecidos os conceitos desses princípios influentes na consequência mais funesta do risco na atividade empresarial, enfrentaremos a descoberta dos seus alcances no ordenamento jurídico e as consequências de suas adoções como preceitos orientadores da atividade empresarial, da atividade legislativa acerca da atividade empresarial e, principalmente, como limite da atividade jurisdicional.

Este estudo pretende compreender melhor esses princípios e suas consequências. Nosso objetivo é analisar o que ocorre com o ordenamento jurídico em sua integralidade quando os aplicadores do direito reconhecem a validade de um ‘princípio’ e começam a condicionar sua atividade à observância dos termos dessa proposição.

Por fim, como corolário do presente estudo, faremos divagações de lege ferenda, mas pertinentes e de crescente utilidade, derivadas do reconhecimento da influência desses princípios na formulação das regras falimentares e de recuperação de empresas, propondo um salto civilizatório na legislação falimentar: a extinção do inciso III do art. 94 da lei, que trata da hipótese de requerimento de falência com base na apuração prévia do cometimento pelo empresário ou sociedade empresária de alguns atos considerados com indiciários do estado falimentar; e, da revogação do capítulo dedicado à definição dos denominados ‘crimes falimentares’ por redundância com a tipificação já existente no Código Penal, e pela estranha dependência da sentença de quebra.

O que era comum na Idade Média, não mais se justifica em pleno século XXI. É um ranço odioso, que deve ser extirpado definitivamente da legislação empresarial, mantendo as mesmas regras, se possível, no seu campo específico de atuação: o direito criminal. Não mais se justifica a existência de normas penais se admitirmos a prevalência do princípio do risco na atividade empresarial e a necessidade da manutenção da empresa como fonte geradora de empregos e tributos. Outros tempos merecem novas tecnologias.

CAPÍTULO I

OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS, OS VÍNCULOS HUMANOS E O ORDENAMENTO.

Princípios jurídicos são normas, escritas ou não, condensadoras de entendimentos unânimes sobre o ordenamento jurídico ou parte dele, influenciadoras das três fases do fenômeno jurídico: a criação das normas, a interpretação do sentido das proposições jurídicas e a aplicação no caso concreto pela atividade jurisdicional. São como bússolas apontando a direção correta do caminho a ser percorrido pelo legislador, pelo intérprete e pelo julgador.

A denominada ciência do direito, que normalmente se debruça apenas sobre a norma jurídica em seus aspectos de existência, validade e eficácia, pode ser ampliada para visualizar, outra perspectiva, das normas em sua trajetória de criação, interpretação e aplicação, para melhor entender a fenomenologia da existência de princípios e sua influência. Por essa razão, adiante, fazemos uma digressão sobre essa visão trifásica do direito para assentar as bases das diversas formas de influência dos princípios jurídicos.

Discorrer sobre os princípios de direito comercial é render homenagem a Fábio Ulhoa Coelho, que em sua obra *Princípios de direito comercial*, em 2012, já afirmava: ‘a revitalização do direito comercial brasileiro consiste na enunciação, exame e difusão dos princípios dessa área jurídica.’¹

Enquanto outras áreas do conhecimento jurídico já introduziam em suas preocupações o instrumental principiológico, não só para definir novas regras, mas principalmente para entender o significado das existentes, e mais especialmente para fornecer ao juiz ferramenta adequada na solução de conflitos surgidos nessas paragens, o direito comercial ainda era um terreno inóspito a novas explorações.

Esse estado de coisas pode ser debitado ao dinamismo da atividade econômica que, ao exigir soluções imediatas para seus problemas, não podia depender do aperfeiçoamento do Código Comercial de 1850. E, assim, ao invés de aperfeiçoar a codificação, os legisladores criavam leis para regular as novidades do mundo econômico. Foi assim em 1919, com a edição das regras sobre sociedades por quotas de

¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.14.

responsabilidade limitada; em 1882, com a criação da sociedade em comandita por ações e a abolição da necessidade de autorização governamental para a criação de sociedades anônimas; em 1940, com a edição do Decreto-Lei n.º. 2.627, que tratou especificamente das sociedades anônimas; em 1966, com a adesão à Convenção de Genebra quanto à legislação internacional sobre letra de câmbio e nota promissória, e assim por diante. Cada novidade na economia era motivo de nova legislação, dada a impossibilidade natural de a cada momento se modificar o Código Comercial.

Esse dinamismo não ocorre em outros ramos do direito, razão pela qual o Código Civil, o Código Penal, os Códigos de Processo, e até mesmo a Constituição Federal têm mais estabilidade que as normas de comércio. A vida do mercado é dinâmica e os agentes estão mais preocupados na realização de bons negócios e na obtenção de lucro do que se manterem no apertado cerco da legislação sobre os negócios já existentes. Novas formas de colaboração surgem da experiência econômica e o direito, muitas vezes, não consegue se antecipar na criação de novas formas de se obter lucratividade.²

É nesse aspecto que ganha relevância o trabalho de Fábio Ulhoa Coelho, porque ao acentuar a necessidade de se adotar diretrizes principiológicas para o direito comercial, pretendeu traçar linhas mestras na matéria, conferindo-lhe maior estabilidade doutrinária.

Sua inestimável contribuição na elaboração de uma minuta de Código Comercial, transformada em Projeto de Lei³ se inicia no Livro I, com um capítulo dedicado a ‘Dos princípios da empresa’, e continua no Livro II, ‘Das sociedades empresárias’, com o capítulo ‘Os princípios do direito comercial societário’, e no Livro IV trata especificamente da Crise da Empresa, cujo Título I é ‘Dos princípios’.

Revela-se, então, o caráter eminentemente principiológico da proposta de um novo Código Comercial, e o motivo principal da abordagem deste estudo a respeito dos princípios do direito falimentar e recuperacional, especificamente os princípios da inerência do risco na atividade empresarial, da preservação da empresa e do impacto

² Segundo Paula Andréa Forgioni: ‘Os tratadistas do direito comercial, empregando método indutivo de análise da realidade, concordam que ele nasce da prática dos mercadores.’ [...] ‘O direito comercial marca-se por forte tradição liberal. Nessa toada, seu cerne seria constituído quase exclusivamente por regras e princípios brotados da praxe dos agentes econômicos.’ (FORGIONI, Paula Andréa. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. 2.ed. São Paulo: RT, 2008, p.13; 20).

³ Projeto de Lei n.º. 1.572/2011, de autoria do Deputado Vicente Cândido.

social da crise na empresa. Todos esses ligados pela noção de risco da atividade empresarial:

É da essência da atividade desenvolvida pelo empresário o fator risco. O risco econômico nasce da obrigação do empresário em relação aos investidores e aos trabalhadores, de remunerá-los de forma a retribuir pela atividade prestada quanto aos últimos, e a garantir novos investimentos, quanto aos primeiros. Há sempre o risco de os lucros obtidos não cobrirem as despesas no desenvolvimento da atividade econômica.⁴

Para tanto, é necessário, a nosso ver, apresentar uma prévia noção de ordenamento jurídico como o campo fértil onde atuam os princípios, e a noção prévia do que entendemos por princípio jurídico.

Norteia este trabalho uma noção sociológica do direito, diferente da tradicional visão normativa, que dizia ser o direito um conjunto de normas e se esgotava ao estudar vigência e eficácia, defendendo um caráter sistemático ao ordenamento jurídico⁵, ou mesmo uma visão linguística fundada em lógica formal⁶, ou uma abordagem dogmática centrada em valores morais⁷. O direito é muito mais que isso. O estudo dos princípios jurídicos neste trabalho servirá como chave para apresentarmos uma visão, que não é nova nem original, mas, acreditamos, apresentará o objeto de nossos estudos – os princípios jurídicos do direito falimentar – com uma nova roupagem. Não veremos o direito como um conjunto de regras deontológicas, mas como um conjunto de conceitos abstratos produzidos por inúmeras fontes e que servem de fundamento para a decisão judicial no devido processo legal.

Para nós o direito é aquilo que o juiz determina em sua sentença definitiva. O conjunto de normas jurídicas existente num determinado território exerce alguma influência no decidir. No entanto, também estão presentes na decisão as idiosincrasias próprias do ser humano moldadas no intelecto do julgador por uma miríade de influências, desde seu berço, histórico familiar, formação intelectual e acadêmica, até pela azia estomacal, eventualmente incômoda, no dia da decisão. Isto não quer dizer que o juiz possa decidir as questões ao seu livre arbítrio. Há um severo controle da manifestação individual através de uma série de regras processuais recursais, que visam

⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI Jr. Irineu. **Teoria geral dos contratos** – contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.164.

⁵ Como inaugurou Hans Kelsen, em *Teoria Pura do Direito*, seguido pelos positivistas posteriores.

⁶ Lourival Vilanova dizia: ‘as estruturas lógicas servem de sustentação ao Direito positivo’. (VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 3.ed. São Paulo: Noeses, 2005, p.36).

⁷ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

equilibrar e uniformizar as decisões judiciais, tendo por parâmetro as próprias normas legais, os princípios jurídicos e os precedentes. O direito é, então, o que contém as decisões definitivas, após a passagem por todos os crivos processuais.

Ao nascermos num determinado território, ficamos condicionados a todas as regras de comportamento anteriormente existentes, e pelas que vão sendo criadas durante a vida de cada um, principalmente as normas familiares estabelecidas pelo pai de família, pelas disposições escolares, pelas orientações religiosas, pelos preceitos morais, pelas condições éticas, e até pelas regras advindas do carinho materno: ‘não saia na chuva’, ‘ponha o agasalho’, ‘escove os dentes’, etc. Muitas vezes, nem temos consciência dessas regras todas, mas nos comportamos de acordo com elas e como se comportam as pessoas próximas a nós. Se mantivermos nossos comportamentos de acordo com os comportamentos normais da coletividade onde vivemos, nunca teremos a consciência de que estamos seguindo as regras estabelecidas pelos nossos parentes, pela nossa religião, pela sociedade na qual estamos inseridos e, nem mesmo, pelo direito. Só tomamos conhecimento dessas regras, especialmente as jurídicas, se as transgredimos. No momento em que infringimos qualquer dessas regras de comportamento social, estamos sujeitos, se e quando a falta for constatada ou apurada por alguém competente, a sofrer as sanções correspondentes.

Se for uma transgressão a uma ordem familiar, sofreremos um ‘puxão de orelha’, ou uma admoestação do pai, da mãe ou até do irmão mais velho. Se a transgressão for moral ou religiosa, sentiremos o peso da reprovação interna. Se ética, a reprovação da sociedade. E, se for jurídica, enfrentaremos um processo judicial que se encerra com a sentença do juiz ao impor a obrigação prevista na norma jurídica. Portanto, o direito só nos atinge se e quando sobrevier uma sentença judicial, colocando-nos no polo passivo de uma relação jurídica. Como já demonstrou Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, a norma jurídica tem dois aspectos: um social e outro jurídico. Norma primária e norma secundária, no dizer do mestre. A norma secundária tem o sabor de uma regra social, ética, de orientação dos comportamentos humanos; e a norma primária, por sua vez, contém o gatilho sancionador do comportamento refratário. No seu entender, jurídicas só são as normas que preveem a punição ao agir errático e possibilitam aos juiz a solução do conflito.

Por isso, o direito nada mais é do que uma técnica de solução de conflitos humanos; ou em outras palavras, o estudo das condições que se concretizam na sentença judicial definitiva.

A discussão empreendida pela doutrina sobre a distinção entre regras e princípios, principalmente a que se vê entre Dworkin⁸ e Alexy⁹ (e no Brasil Humberto Ávila¹⁰), ainda está focada na esfera interpretativa doutrinária na busca do sentido da expressão ‘norma jurídica’ em sua dimensão axiológica.

Qual o interesse, para o jurisdicionado, de diferenciar a norma aplicada pelo legislador ao seu caso como regra ou princípio? Qual o resultado prático para quem foi condenado a pagar alguma importância ao seu oponente, ou condenado a alguns anos de prisão, saber se o fundamento da sentença contra si proferida foi uma regra ou um princípio? Não se trata aqui de uma simplificação do problema, mas de ‘colocar os pés no chão’ para reconhecer que o direito é aquilo que o juiz determina. O que vale para o intérprete é o seu poder de argumentação, conforme demonstrou Chain Perelman¹¹, para convencer o juiz da ‘verdade’ de sua postulação. Humberto Ávila, ao discernir entre regra e princípio, criticando as posições tanto de Dworkin como de Alexy, confirma a hipótese de que o direito é aquilo que o juiz diz, sem importar se a base de sua sentença foi uma regra ou um princípio.¹²

O exemplo do estupro, por ele apresentado, ilustra a necessidade de se encarar o direito como ‘aquilo que o juiz diz’, porque, nesse exemplo, alguém foi processado e condenado em primeira instância como incurso em delito previsto como ‘crime sexual contra vulnerável’, que no dizer do artigo 224 do Código Penal tratava-se de presunção *jure et de jure* manter relações sexuais com menor de 12 anos de idade (‘Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de catorze anos’). Mas, no *habeas corpus* n°.

⁸ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

¹⁰ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹¹ PERELMAN, Chain; TYTEKA, Lucie Olbrechts. Tratado da argumentação, a nova retórica. 2.ed. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2005.

¹² ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Ver os exemplos do crime de estupro e do lixo (p.37) e do regime tributário (p.38), sobre os quais o autor conclui: ‘Os casos acima enumerados, aos quais outros poderiam ser somados, indica que a consequência estabelecida *prima facie* pela norma pode deixar de ser aplicada em face de razões substanciais consideradas pelo aplicador, mediante condizente fundamentação, como superiores aquelas que justificam a própria regra. Ou se examina a razão que fundamenta a própria regra (*rule’s purpose*) para compreender, restringindo ou ampliando, o conteúdo de sentido da hipótese normativa, ou se recorre a outras razões, baseadas em outras normas, para justificar o descumprimento daquela regra (*overruling*). Essas considerações bastam para demonstrar que não é adequado afirmar que as regras ‘possuem’ um modo absoluto ‘tudo ou nada’ de aplicação. A consideração de circunstâncias concretas e individuais não diz respeito à estrutura das normas, mas à sua aplicação; tanto os princípios como as regras podem envolver a consideração a aspectos específicos, abstratamente considerados.’

73.662, no Supremo Tribunal Federal, em que foi Relator o Ministro Marco Aurélio Mello (DJU 20/09/1996), o réu foi absolvido sob o fundamento de que o crime aconteceu com a aquiescência da vítima e que ela fisicamente aparentava ser maior de idade. A regra de direito penal era clara, mas o juiz aplicou no caso sua interpretação pessoal e subjetiva para inocentar o acusado. Os outros exemplos seguem o mesmo diapasão. O mandamento da regra jurídica é abandonado por razões de ‘equidade’, se é que se pode dar esse nome à idiosincrasia do julgador.

O juiz, na sua atividade, cria vínculos humanos diferentes dos vínculos naturais, e por isso mesmo, denominados vínculos jurídicos, impondo a alguém uma sanção, que é a principal característica dos vínculos jurídicos, na sua qualificação. A transgressão de quaisquer regras de comportamento (familiares, religiosas, morais ou éticas), importa na aplicação de uma sanção equivalente; mas a sanção jurídica delas destoa por ser a única que pode resultar numa perda da liberdade individual ou na redução compulsória do patrimônio do agente. Para explicar melhor a diferença entre as várias qualidades de vínculos humanos, e por consequência entender como os princípios jurídicos interferem nessas relações, dedicaremos um capítulo para elucidar um pouco a natureza, a qualidade e as consequências dos vínculos humanos, uma vez que os julgadores capacitados por regras estatais de competência criam vínculos obrigatórios. Como preâmbulo de nossas preocupações, diferenciaremos todas as espécies de vínculos que condicionam o comportamento humano.

Depois de aclaradas as distintas características dos vínculos humanos e a atuação dos princípios jurídicos na sua criação, consideramos importante reduzir essas preocupações para o conjunto de regras estabelecidas pela sociedade sob o pretexto de regular o comportamento humano dentro dos limites individuais, de tal modo que funcionem como freios aos instintos e apetites de cada um em prol de uma vida pacífica em sociedade.

Para justificar essa visão, faremos uma incursão às três fases da criação do direito, influenciadas pelas próprias normas do sistema, especialmente pelos princípios jurídicos. Desde a tarefa legislativa de criar normas, passando pela atividade do intérprete no processo judicial, até a sentença final. São três fases completamente distintas, mas complementares e necessariamente harmônicas. O legislador, de qualquer espécie, não pode propor regras em desconformidade à Constituição, sob pena de invalidade; o intérprete, ao traduzir essas regras para adequá-las ao fato sob exame

(subsunção) tem por baliza verificar a respectiva eficácia; e o aplicador do direito (juízes de qualquer espécie) deve ter o compromisso de manter a decisão dentro dos parâmetros de conformidade com os preceitos jurídicos (regras e princípios).

Falar sobre ‘princípios’, em direito, é uma tarefa que desborda do campo jurídico para outras matérias, especialmente a filosofia. Isto porque, inicialmente, cumpre estudarmos a natureza do instituto ‘princípios jurídicos’. Não temos a pretensão de percorrer esse caminho. O conceito de princípio, para a finalidade desta pesquisa, será sua aplicação num sistema de regras de comportamento humano: o ordenamento jurídico. Sabemos que existem princípios matemáticos, princípios da física e de outras ciências que, evidentemente, têm natureza e função diferente dos princípios normativos. Um princípio normativo não é uma regra imutável como acontece nos princípios das ciências da natureza, mas histórico e contingente, variável e transitório, entretanto, muito eficaz enquanto durável.

A partir desta exposição dos vínculos humanos e de uma visão tripartida do fenômeno jurídico, surge uma questão sintático-semântica, cuja discussão não cabe nos limites deste estudo, mas poderá ser objeto de futuras preocupações: o sentido da expressão ‘jurídico’ ou ‘jurídica’.

Ordenamento jurídico e norma jurídica expressam bem a dificuldade de se admitir a similaridade ou sinonímia entre a expressão ‘legal’ e a palavra ‘jurídico’. Entendemos que a expressão ‘jurídico’ tem sua etimologia ligada à expressão latina ‘jus’¹³, que tem sentido de ‘direito’ como justiça, e não como conjunto de leis. Seria melhor utilizar a expressão ‘legal’ para identificar um conjunto de regras, e deixar ‘jurídico’ para expressar ‘justiça’. Muito embora ‘direito’ e ‘justiça’ estejam ligados no nascimento da expressão romana ‘jus’, são termos polissêmicos e a cada significado que lhes atribuímos chegamos a diferentes conclusões. Mas, em termos de direito positivo, podemos dizer que ‘justiça’ é um conceito filosófico, um ideal a ser alcançado na aplicação das normas aos casos concretos. Podemos ousar dizer que no conceito de ‘justiça’ repousa o berço dos ‘princípios’ jurídicos.¹⁴ A necessidade de restabelecimento

¹³ ULPIANO (Eneo Domitius Ulpianus; 150-223) definia justiça como *constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuere* (vontade constante e perpétua entre as partes de dar a cada o que é seu) e é sua a máxima *Juris Praecepta Sunt haec: Honeste Vivere, Alterum Non Laedere, Suum Cuique Tribuere* (Tais são os preceitos do direito: viver honestamente, não ofender ninguém, dar a cada um o que lhe pertence). (LAROUSSE CULTURAL. Grande Enciclopedia. São Paulo: Nova Cultural (antiga Abril Cultural), verbete ULPIANO).

¹⁴ O conceito de ‘justiça’ sempre foi debatido através dos tempos, desde Ulpiano até, mais recentemente, John Rawls, em seu livro *Uma teoria de justiça* (São Paulo: Martins Fontes, 2010) e os estudos do prêmio Nobel de Economia de 1998; Amartya Sen, atualmente professor de Harvard, com a obra *A idéia de justiça* (São Paulo: Companhia das Letras, 2011) oferecido pelo autor à memória de John Rawls.

do equilíbrio nas relações humanas, que se faz na aplicação das normas aos casos conflitivos, tem sua origem no conceito de Ulpiano, visto no Digesto: *'Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere'* (Os preceitos do direito são estes: viver honestamente, não lesar a outrem, dar a cada um o que é seu.). 'Preceitos de direito' são os hoje denominados 'princípios', como instrumentos de recuperação do equilíbrio necessário à convivência humana.

Essa separação terminológica atende ao que apontamos no início, ou seja, ao fato de ser o direito uma técnica de solução de conflitos humanos utilizada pelos juízes na solução do problema posto. Reservaríamos a expressão 'jurídico' ou 'jurídica' para a regra criada pelo juiz em sua decisão e 'legal' para nos referirmos às regras em seu sentido ainda hipotético.

Assim, ao invés de dizermos 'ordenamento jurídico' deveríamos dizer 'ordenamento legal'. Por consequência, a atividade desenvolvida pelos legisladores e doutrinadores seria uma atividade 'legal' e não 'jurídica', como fazemos habitualmente, reservando a expressão para designar as regras individuais estabelecidas na decisão judicial. Seria mais técnico.

A expressão 'direito' serviria para designar tanto uma coisa como outra. O legislador ao criar leis faz o direito, e o juiz ao decidir, aplica o direito. Importante lembrar, neste passo, que não é o rótulo que determina a natureza do conteúdo. Já disse alguém que 'o leite não perde a sua qualidade se na garrafa que o contém colocarmos uma etiqueta com a inscrição 'aguardente''. A ambiguidade das expressões utilizadas em direito merece ser enfrentada sempre. A própria expressão 'direito' tem vários significados.

1. UMA NOÇÃO PRELIMINAR DE "PRINCÍPIO".

Divagações à parte, voltemos ao tema principal, adotando uma noção preliminar de princípios jurídicos antes do estudo dos princípios jurídicos no regime falimentar advindos do evidente risco empresarial, tentando esclarecer o sentido da expressão 'princípio', delimitada, como afirmamos, à sua dimensão normativa. Ou seja, o que significa princípio para a 'ciência do direito'. Para tanto, devemos atravessar um verdadeiro pântano de significações, reconhecendo que o direito é uma técnica de solução de conflitos humanos e que o estudo dessa técnica é denominado 'ciência do direito'.

Na ciência do direito se estuda a influência dos princípios na criação e na aplicação das regras de comportamento. Os legisladores, ao cumprirem com sua tarefa constitucional, deverão sempre estar atentos aos princípios que informam o respectivo sistema normativo, para evitarem criar normas extravagantes e contrárias ao próprio ‘espírito’ do ordenamento. Por sua vez, os aplicadores do direito, nos casos concretos que lhe são submetidos à decisão, devem, sempre, considerar as regras maiores que informam a solução dos conflitos humanos, que não são resolvidos pela simples existência de uma regra jurídica sobre o assunto. O que a norma jurídica faz é aplicar ao transgressor uma sanção, como forma de desestímulo àquela conduta. Se a regra funciona ou não nesse desidério, é problema que foge ao campo jurídico. A complexidade das relações e conexões humanas também. O ordenamento jurídico busca solucionar os problemas ao antecipar sua ocorrência e aplicar a sanção correspondente.

O papel dos princípios nesse contexto é o objeto primeiro das nossas indagações uma vez que, flagrantemente, eles integram o ordenamento jurídico, mas têm uma função diferente da simples regra de comportamento. Deste texto já podemos extrair um primeiro conceito de ‘princípio jurídico’ como uma norma de amplitude e generalidade cuja finalidade não é criar, reformar ou extinguir relações jurídicas entre as pessoas, como acontece com a maioria das regras jurídicas, mas orientar intérpretes, legisladores e julgadores a melhor exercerem suas atividades.

Não temos a pretensão de criar nenhuma novidade ao tratarmos dos princípios. No entanto, no esteio da distinção entre ‘legal’ e ‘jurídico’ poderemos distinguir entre princípios legais e princípios jurídicos, em substituição às expressões princípios explícitos e princípios implícitos. Princípios legais seriam os ‘explícitos’ porque expressamente adotados pelo ordenamento, em âmbito constitucional ou inferior; e ‘princípios jurídicos’ seriam aqueles não escritos, mas adotados em decisões judiciais para resolver as questões submetidas ao crivo do Poder Judiciário.

Há uma questão semântica a ser resolvida porque, atualmente, utilizamos ambas as expressões como sinônimas; no entanto, existe uma enorme diferença entre elas, que se acentua quando distinguimos princípios jurídicos não legais: os implícitos. Eles atuam sobre o ordenamento, mas não foram inscritos num texto legal. Todos concordam que os princípios implícitos integram o ordenamento, não no sentido de estarem previstos em regras escritas, mas como fundamentos adotados nas decisões

judiciais por serem plasmados nas diretivas culturais (sociais e jurídicas) do julgador ou da coletividade onde ele está inserido.

O direito, no sentido de conjunto de regras de comportamento, tem por escopo regular as relações humanas. Antigamente se pensava que o direito funcionava impondo comportamentos a pessoas e tinha a força como seu fundamento de validade. Era a época do estudo dos funtores deônticos: permitir, proibir e obrigar.

Com os estudos posteriores, a partir de Savigny, começamos a pensar o direito sob outra ótica: a das relações jurídicas. O direito funciona estabelecendo relações entre as pessoas, ou administrando a forma sob a qual as pessoas estabelecem relações obrigatórias entre si. Esses vínculos jurídicos formados pela incidência de regras de direito são denominados de ‘relações jurídicas’, dentre os quais estão os ‘contratos’, relações jurídicas voluntárias, denominados mais modernamente de ‘negócios jurídicos’. Como o homem é um ser que só vive em sociedade, em relações uns com outros, de forma natural ou não, voluntária ou não, pretendemos, apenas para organização do raciocínio, apresentar uma visão que nada tem de nova, mas muito elucidativa para entendermos a influência dos princípios sobre as ligações humanas.

Como sabemos, princípios são regras de orientação do comportamento humano, com amplitude geral e universal, reconhecidas por todos os componentes dessa sociedade, de cujo reconhecimento tira o seu fundamento de validade. Por isso, existem princípios científicos, sociais, éticos, morais, religiosos, e princípios jurídicos. Os princípios científicos são deduzidos pela experiência. Os princípios sociais, éticos e morais são deduzidos da vivência humana. E os princípios religiosos e jurídicos são impostos pela autoridade, de forma direta ou indireta, pela dedução de seu enunciado com base em imposições diretas. É o campo de existência dos princípios implícitos. São regras não escritas, mas reveladas e justificadas por normas jurídicas positivadas.

2. OS VÍNCULOS HUMANOS

Nessa visão, assume importância o estudo sociológico dos vínculos humanos, até para sabermos se os ‘princípios’, que exercem influência no estabelecimento dos vínculos jurídicos, são criação exclusiva do direito ou se, de alguma forma, têm sua origem em outra dimensão.

A natureza biológica do ser humano é

de um mamífero agressivo, predador e violento que sobreviveu durante milhões de anos matando para comer e buscando a reprodução a qualquer

custo. Todo animal, do sapo ao *homo sapiens*, só existe porque todos os ancestrais, desde seus pais e avós até os mais remotos, sem nenhuma exceção, foram bem-sucedidos.¹⁵

O que veio separar o ser humano de outros animais na natureza foi o verniz cultural, moral e religioso por ele ‘inventado’ para possibilitar uma vida harmoniosa em sociedade. Refreou seus instintos em troca de segurança pessoal e das pessoas de sua prole. Ao usar a inteligência e estabelecer uma convivência amigável com seus semelhantes, garantiu sua própria sobrevivência sem os sobressaltos de que padecem os outros predadores na natureza.

Atualmente, o ser humano vive em vínculos e conexões com outros seres humanos, e esses vínculos, por vezes conflituosos, são objetos de várias normatividades: a moral, a ética, a religiosa e as jurídicas, dentre outras de menor importância, que interferem na sua liberdade de ação e refreiam seus instintos básicos.

Ao identificarmos esses vínculos, escolheremos para nossas finalidades os vínculos jurídicos e sua complexidade: procuraremos entender um pouco melhor o ordenamento jurídico. Os vínculos jurídicos não são os mais significativos na nossa existência porque a maioria das pessoas vive uma vida longa em sociedade sem nunca estabelecer, conscientemente, um vínculo jurídico com outra pessoa. Conscientemente, porque mesmo contra sua vontade declarada, ela está sujeita a vínculos jurídicos ‘naturais’, aqueles próprios da natureza humana, mas os quais o direito resolveu dar ‘força jurídica’. Dentre eles, citemos, por exemplo, a filiação, o casamento, a união estável e tantos outros inerentes à humanidade, que existiriam independentemente de uma ordem jurídica.

Por outro lado, também é verdade que vínculos jurídicos se estabelecem mesmo contra a vontade declarada de alguém. Quando os pais matriculam seus filhos em escolas, por exemplo, eles passam a ser sujeitos ativos ou passivos de uma série de obrigações jurídicas em seus vínculos com os dirigentes, professores e colegas que, mesmo coativos, não são vínculos coercitivos. São vínculos que exigem determinados comportamentos, mas não acarretam consequências jurídicas em caso de descumprimento. Por exemplo, o aluno que falta às aulas ou não faz o dever de casa, sofrerá uma reprimenda da escola ou de seus representantes que não interfere no seu patrimônio ou na sua liberdade individual.

¹⁵ REINACH, Fernando. Nossa casca rachada. In: **O Estado de S.Paulo**. Publicado em: 02 dez. 2017, p. A-26.

Por outro lado, é verdade que o homem estabelece também vínculos com animais e coisas inanimadas como, por exemplo, uma coleção de selos, de moedas, de rolhas de vinho ou de tampas de garrafas, mas o ordenamento jurídico não trata desses vínculos entre pessoas e coisas diretamente. A norma jurídica que protege as coleções referidas não se aplica diretamente a elas, mas visa proteger a propriedade privada de um modo geral. Estabelece regras de alcance universal como, por exemplo, o ‘direito de propriedade’, pelo qual todas as pessoas devem respeitar a propriedade de alguém que tem, na ordem jurídica, o poder de constranger todas as pessoas à obediência dessa regra. Em termos jurídicos, o sistema normativo confere ao titular do direito uma específica ação judicial para defender seus interesses. Os processualistas ensinam que o direito de alguém só existe se e quando houver uma ação que o assegure.

As pessoas se relacionam e estabelecem vínculos e conexões entre si. As relações humanas são complexas, mas sempre movidas pelo interesse de um ser humano em outro. Essa complexidade pode ser mais bem explicada pela psicologia ou pela sociologia, o que não interessa neste estudo por este visar essencialmente esclarecer os aspectos jurídicos dessas relações.

Nem todos se relacionam com todos, mas apenas quando entre as pessoas aparece qualquer interesse comum. A espécie de relação é determinada pela natureza e pelo grau desse interesse. O homem só se relaciona com outro ser humano se essa relação for satisfazer, em algum grau, suas necessidades. Qualquer que seja a natureza do interesse de um ser humano em outro, é o grau desse interesse que estabelecerá um vínculo entre as pessoas.

E esse vínculo será mais forte em proporção direta com o grau de interesse. Nenhum relacionamento humano é desinteressado, nem mesmo em se tratando de relações jurídicas. Para esclarecer melhor o que pretendemos demonstrar, relevante repetir a noção dogmática de que o homem é um ser gregário. Essa afirmativa é lugar comum, mas denota uma característica importante dos seres humanos. Eles nascem em sociedade e vivem em sociedade por questões atávicas, genéticas ou culturais. E, nessa convivência social, criam vínculos entre si, relações intencionais ou não. É certo, como demonstra Paulo de Barros Carvalho, que todos os seres humanos vivem dentro de relações¹⁶, conforme reforça o ditado popular a quem se atribui autoria desconhecida: ‘a vida é um jogo, e um jogo que só se joga em equipe.’

¹⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 6.ed. São Paulo: Noeses, 2015.

Os vínculos estabelecidos entre os seres humanos são de naturezas diversas. Temos, numa primeira observação, vínculos naturais, sociais e jurídicos.

Os primeiros (vínculos naturais) decorrem do nascimento de alguém em uma família. São denominados de naturais porque todos nascemos dentro de uma organização familiar, onde estão os pais, avós, tios, primos. Os vínculos sociais nascem da inclusão do indivíduo em uma determinada coletividade. São as relações estabelecidas dentro do ambiente de vivência do ser humano, desde o nascimento, desenvolvimento, crescimento e morte. O indivíduo vai continuamente estabelecendo e rompendo vínculos com as pessoas mais próximas. E, o que nos interessa mais de perto, os vínculos jurídicos decorrem de dois eventos diferentes: um, o cumprimento ou descumprimento de alguma regra de direito, e o outro, da vontade deliberada de estabelecer um vínculo com a outra parte. Nos dois casos, as pessoas são enlaçadas no que chamamos de 'relação jurídica', vínculo estabelecido entre duas ou mais pessoas, no qual para umas nasce o poder de exigir um determinado comportamento da outra, e para esta o dever de se conduzir de acordo com a exigência do outro. No primeiro caso, esse vínculo é formado pela ação ou omissão de alguém e atrai a incidência de uma previsão legal; no segundo caso, o vínculo é estabelecido, também por força de uma regra jurídica, mas pela vontade consciente dos enlaçados, que se costuma denominar de contratos ou negócios jurídicos.

Assim, devemos reconhecer que os vínculos humanos podem ser voluntários ou involuntários. Serão voluntários aqueles que, como o próprio nome indica, são estabelecidos pela manifestação livre da vontade de um deles ou de ambos, como ocorre sempre, por exemplo, nos vínculos sociais, e numa das espécies de vínculos jurídicos, o dos contratos; e, involuntários aqueles estabelecidos pela incidência de uma hipótese normativa, até contra a vontade das partes, e os vínculos naturais, estabelecidos independentemente da vontade das partes pela ocorrência de um fato natural como nascimento ou morte.

Se uma pessoa se insere numa determinada sociedade, ela estabelecerá vínculos com as demais pessoas dessa coletividade. É o ingresso numa escola, numa igreja, num clube, por exemplo, que definirá, para essa pessoa, a natureza dos seus vínculos com indivíduos da mesma comunidade. Essas relações são voluntárias porque são estabelecidas pela vontade ou pelo interesse de alguém em algum outro do mesmo universo.

Contrariamente, são involuntárias as relações estabelecidas mesmo contra a vontade ou o interesse da pessoa, como acontece com os vínculos naturais surgidos do nascimento de alguém numa determinada entidade familiar, e, na inclusão de alguém numa relação jurídica impositiva apenas por ter executado ou se omitido numa ação regulada pelo ordenamento.

a) Os vínculos naturais

O simples fato de o ser humano nascer no âmbito de uma família faz dele, naturalmente, o objeto de um vínculo com seus parentes e demais pessoas frequentadoras do seu círculo familiar. O nascituro se torna filho, irmão, sobrinho, primo, neto, bisneto, no meio familiar. Chamamos essa espécie de ‘vínculo natural’ porque é comum e inexorável para todos os seres humanos. Todos nascemos da união entre um homem e uma mulher (embora na contemporaneidade já existam meios de inseminação artificial que dispensam a presença física do homem). De uma forma ou outra é o destino de todos. Ao nascermos, imediatamente, somos colhidos por vínculos estabelecidos entre todos aqueles que pertençam à família da mãe e do pai (este não necessariamente na inseminação artificial). E mais. Além de naturais, esses vínculos são completamente involuntários e permanentes. Involuntários porque não podemos escolher a família na qual seremos gerados; permanentes porque nos acompanharão desde o nascimento até além do túmulo.

Mesmo depois de mortos esses vínculos não se rompem; eles permanecem pela eternidade. Seremos sempre filhos, netos, sobrinhos, primos e cunhados de alguém. Nossas relações familiares são eternas. Numa visão jurídica, esses vínculos não se rompem, não se extinguem, e as obrigações deles decorrentes nunca se cumprem definitivamente.

A teoria da vontade, muito em voga no campo jurídico como fundamento de validade dos atos jurídicos, não se aplica aos vínculos naturais. Conforme explica Vicente Ráo,

a vontade, manifestada ou declarada, possui no universo jurídico poderosa força criadora: é a vontade que através de fatos disciplinados pela norma determina a atividade jurídica das pessoas e, em particular, o nascimento, a aquisição, o exercício, a modificação ou a extinção de direitos e correspondentes obrigações, acompanhando todos os momentos e todas as vicissitudes destas e daquelas.¹⁷

¹⁷ RAO, Vicente. **Ato jurídico**. São Paulo: Max Limonad, 1961.

Querendo ou não, e mesmo numa manifestação inequívoca de contrariedade, nunca será possível romper os vínculos naturais. À eles não se aplicam as regras atinentes à validade da manifestação livre da vontade, por serem totalmente involuntários.

E, o mais importante é que, mesmo que o direito, por hipótese impossível, não existisse, os vínculos naturais estariam presente, independentemente da estrutura legal construída posteriormente sobre eles. Fazem parte integrante da realidade, e o direito dela se apropria, amolda, e cria regras, tais como a proteção do nascituro, o pátrio poder, obrigatoriedade escolar, casamento, e, sucessão.

b) Os vínculos sociais

Ao crescer, o homem vai ingressando em novos vínculos com os colegas de escola, professores, monitores, bedéis, diretores de escola, transportadores, médicos, enfermeiros, dentistas, psicólogos. Em seguida, com empregados, patrões, superiores, subordinados. E, em especial, com pessoas que atingem os seus sentimentos e os chama de amigos. Em resumo, no percurso das fases da vida, a pessoa cria vínculos com outras pessoas que interagem no seu mundo, rompendo-os ou mantendo-os, de acordo com suas conveniências.

Esses vínculos sociais dependem diretamente da condição social do indivíduo, porque também a sociedade, independentemente do regime político e econômico adotado, é sempre estratificada em classes sociais distintas. Mesmo em sociedades ditas marxistas, a divisão se dá em dirigentes e dirigidos; profissionais liberais e trabalhadores sem qualificação; trabalhadores em serviços especiais de interesse dos dirigentes e trabalhadores em funções inferiores. Nas sociedades ditas capitalistas é muito maior a divisão de classes sociais bem diferenciadas de acordo com a capacidade financeira ou em ramos de famílias tradicionais.

Esse meio social determinará a qualidade e a quantidade de vínculos estabelecidos pelos indivíduos. Importante observar, entretanto, que a capacidade intelectual do indivíduo tem forte presença no estabelecimento de vínculos. É certo que o indivíduo extrovertido tem maiores chances de estabelecer mais vínculos em relação ao outro, de natureza mais introvertida.

Esses vínculos sociais são voluntários e transitórios. Voluntários porque mesmo em situações nas quais o indivíduo não tem controle sobre a identidade das pessoas que o cercam, compete a ele, por sua manifestação de vontade, se aproximar de alguns e

desprezar a proximidade de outros. E são transitórios porque tem a sua duração determinada por fatores diversos que atuam com maior ou menor vigor de acordo com contingências de vida das pessoas.

Podemos, ainda, distinguir os vínculos sociais em afetivos e profissionais. Os vínculos afetivos são aqueles atados conforme os sentimentos de cada um em relação ao seu semelhante. Nesse campo estão as relações amorosas e as de amizade. Podemos chamar de vínculos profissionais aqueles que têm por objeto mera convivência com os membros da sociedade, como empregados, patrões, superiores, subordinados, colegas de trabalho ou de escola, prestadores de serviços, médicos, advogados, contadores, que não se unem pelos sentimentos, mas pelas necessidades de vida em comum.

Importante observar que esses vínculos têm por fundamento o sentimento humano, o afeto, totalmente inexplicável, imensurável e complexo. Ninguém pode obrigar a outro alguém a gostar de outrem ou de si próprio. O sentimento de atração mútua é inexplicável. Ninguém jamais conseguiu decifrar os mistérios do comportamento humano que preside o sentimento de apreço ou de repulsa que desenvolvemos em relação ao próximo. Também é imensurável porque podem ser fortes ou fracos, mas não existe uma medida para saber o quanto é forte a atração entre duas pessoas nem o quanto é fraco esse vínculo. Esses vínculos são de uma complexidade inexplicável. Uma pessoa se liga a outra através de uma miríade de sentimentos que só os profissionais da mente humana, psiquiatras e psicólogos, são capazes de pesquisar. Talvez não entendam, mas têm as ferramentas apropriadas para fazer uma aproximação desse universo de sentimentos desenvolvidos entre duas pessoas. Ferramentas essas, que nós, advogados, não possuímos, por formação profissional.

Outra constatação que difere os vínculos naturais e sociais dos vínculos jurídicos é que os naturais (derivados dos laços familiares), e os sociais (estabelecidos entre pessoas de famílias diferentes) têm as características de intensidade e de valorização, não encontrados nos vínculos jurídicos, porque estes têm fundamentos diversos, e não podem ser graduados nem valorados.

O conceito de valor é cultural e interfere na produção das normas jurídicas, mas desaparece depois da norma produzida. As regras jurídicas, para os profissionais do direito, não são boas ou ruins, belas ou feias, mas válidas ou inválidas, vigentes ou não,

eficazes ou ineficazes. Também, a intensidade da regra não pode ser medida nem considerada. Não existem normas fortes ou fracas, bonitas ou feias.

c) Os vínculos jurídicos

Como é que o direito ‘funciona’ para estabelecer vínculos entre as pessoas? Na época do jusnaturalismo acreditava-se que as pessoas obedeciam às regras jurídicas da mesma forma que, desde o início dos tempos, a ordem era imposta ao convívio social: a força do mais forte. A noção do mais forte foi substituída pela civilização pelo conceito de Estado. E, nessa concepção, o Estado emitia ordens de fazer, de não fazer e de ser obrigatório fazer (os denominados funtores deônticos) e as pessoas obedeciam sob a pena de sofrerem uma sanção. No século XIX, na Alemanha surgiu a Escola dos Pandectas, cujo expoente maior Savigny¹⁸ introduziu no direito a noção de relação jurídica, pela qual a regra estabelecida pelos legisladores apenas desenhava uma hipótese que ao se concretizar num fato jurídico fazia nascer entre duas ou mais pessoas um vínculo, denominado por ele de relação jurídica. Os vínculos jurídicos são, então, frutos da existência anterior de uma norma jurídica.

O direito constrói suas próprias realidades, e nada em direito existe se não houver, antes, uma previsão normativa. Ao construir a regra, o legislador extrai do mundo fenomênico aquele acontecimento que, a partir dali, será uma hipótese normativa e uma realidade para o mundo jurídico. Importante ressaltar que o direito não reproduz a realidade para fazer dela uma hipótese normativa, mas extrai do fato social alguns aspectos, para torná-lo genericamente definível. Os fatos sociais são únicos se conhecidos em sua inteireza e, nessa dimensão, são imprestáveis para comporem a hipótese que o legislador quer regular. É necessário recortar a realidade para tornar o fato suficientemente genérico para atribuir-lhe uma consequência jurídica.¹⁹ O fato jurídico é, pois, um fato-tipo abstrato, diferente do fato social real.

¹⁸ Friedrich Karl Von Savigny, filho de Cristian Carlos Savigny e Enriqueta Felipa Gross, nasceu em 21 de fevereiro de 1779, em Frankfurt. Sua família de origem francesa da região da Lorena imigrou para a Alemanha por razões religiosas. O nome de Savigny deriva do castelo de igual denominação situado próximo de Charnes, no vale do rio Mosela. (RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto. Friedrich Karl von Savigny y el derecho internacional privado. Vigencia de su doctrina. In: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio (dirs). **Derecho internacional privado** – derecho de la libertad y el respeto mutuo: Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt. Assunção: CEDEP/ASADIP – Biblioteca de derecho de la globalización, 2010, p.145-167).

¹⁹ ‘Da multiplicidade de coisas, fenômenos, propriedades, atributos, relações, o conceito escolhe alguns. Tem ele uma função seletiva em face do real. Em rigor, implica um ponto de vista, a partir do qual encara o ser em sua inabordável heterogeneidade. O conceito vale, pois, como um esquema em cujos limites o real é pensado. Somente aquilo que do real cai dentro da órbita desse esquema, é, rigorosamente, objeto’. (VILANOVA, Lourival. **Sobre o conceito de direito**. Recife: Imprensa Oficial, 1947, p.13-15).

Antes de abordarmos a natureza dos vínculos jurídicos, convém lembrar que as regras jurídicas, comumente denominadas de direito (uma das inúmeras acepções dessa palavra) são regras estabelecidas por alguém competente para regular a vida em sociedade. É o direito positivo, para distingui-lo de outra significação do vocábulo direito atribuída à metalinguagem que trata do direito positivo, e é conhecida como dogmática jurídica.

Os vínculos jurídicos decorrem da constatação de que o ser humano é movido por seus apetites e interesses e esses agentes motivadores (conhecidos também por instintos) precisam ser balizados para manter a harmonia do corpo social.

Na história, verificaremos que no grupo social primitivo essa ordem era conseguida através do emprego da força bruta pelo membro mais forte da comunidade. Como esse fundamento de validade das regras de convivência era muito instável, pelo fato de que o mandante envelhecia e paulatinamente ia perdendo sua força física, sendo automaticamente substituído por outro mais forte, logo veio a necessidade de substituição, quando o senhor descobriu que o temor era tão eficiente quanto a força física para manter-se no poder. E, com a ajuda de ‘feiticeiros’, passou a exercer o poder com fundamento no medo dos antigos, por exemplo, das forças da natureza: raios, trovões, tempestades, marés, chuvas, secas.

Tudo isso fazia as pessoas acreditarem em castigos terríveis se não se comportassem conforme os desejos do senhor. Elas passaram a acreditar em seres sobrenaturais que dominavam as forças da natureza e podiam, a seu querer, produzir terríveis acontecimentos. Nascia a religião, e, simplificando a exposição, até o final da Idade Média atribuía-se uma origem divina aos governantes, que eram sustentados pela ‘religião’ dominante e seus representantes. Esse fenômeno pode ser observado ainda hoje nas civilizações menos desenvolvidas e povos incultos nas quais a sociedade é inteiramente governada pelo sobrenatural de leis religiosas. Mais adiante, a força, como fundamento de validade das regras de comportamento, passou a ser exercida pelo Estado, como consequência lógica do avanço civilizatório da humanidade. De qualquer modo, o governo das sociedades humanas passou a ser feito por intermédio de regras de comportamento (sociais, religiosas, jurídicas ou, na maioria das vezes, por um caldo dessas três formas). Cada qual com consequências diversas: a transgressão de uma ordem social (ética) traz em consequência uma repercussão social, a desaprovação; a transgressão de uma ordem religiosa traz como consequência, nos países civilizados,

uma ameaça de castigo em vida futura (céu ou inferno); a transgressão de uma norma jurídica, por sua vez, traz como consequência restrições à liberdade ou ao patrimônio do ofensor.

No que interessa a este estudo, as normas jurídicas, criadoras de vínculos jurídicos, serão vistas somente quanto a este aspecto. Existem regras de outros tipos com diferentes finalidades, como veremos adiante, que não se destinam a regular comportamentos ou criar vínculos entre as pessoas. São as que dão conformação ao Estado e seus órgãos e as que deferem competência para agentes públicos, dentre outras. Além disso, elas podem ser, ainda, de diferentes espécies a depender da ótica a ser empregada. Podem ser classificadas de acordo com seu modo de criação, finalidade ou tantos outros critérios. Por ora, serão verificadas apenas como meios de se estabelecer vínculos entre pessoas. Não faremos menção à finalidade sociológica do conjunto de regras na conformação do agir da coletividade. Em outras palavras, não vamos abordar a função mais importante do regramento jurídico, que é o de possibilitar a paz social. Se todos observássemos todas as regras jurídicas (suprema utopia) não seria necessário o poder judiciário e a polícia, que são criados, especificamente, para resolver conflitos sociais.

Nesse sentido temos as relações jurídicas criadas principalmente em regras penais (criminais ou civis), tributárias e nos casos conhecidos por direitos subjetivos, nas quais a ocorrência de um fato (fato impositivo ou fato gerador), se constatado por um agente qualificado, estabelece um vínculo inexorável entre duas pessoas, atribuindo a uma delas o poder de exigir da outra o cumprimento de uma obrigação. Na relação jurídica temos, de um lado, alguém contemplado pelo Estado com um 'poder' de exigir do outro a prestação de um fato ou de dinheiro; e, do outro lado, alguém submetido pelo Estado a satisfazer o outro, na forma do estabelecido em lei. Constatada uma venda de mercadoria para alguém, nasce o direito do poder tributante de exigir o pagamento do tributo do comprador. Verificada a prática de um ilícito nasce para o Estado o poder de encarcerar ou constranger o patrimônio de alguém que o praticou ou concorreu para sua prática. Esses vínculos jurídicos são sempre involuntários, quer para o sujeito ativo, quer para o sujeito passivo, pois dependem não só da ocorrência do fato previsto numa regra de direito, mas também verificado por um agente competente.

Outro tipo de vínculo jurídico, da mesma natureza das relações jurídicas, embora criado pela vontade manifesta das partes, é o negócio jurídico ou contrato, que

estabelece a intenção deliberada das pessoas de contribuírem reciprocamente, se colocando, cada uma em posições previamente ajustadas para cumprirem o acertado.

As relações jurídicas são, pois, de duas naturezas distintas: umas se formam pela vontade das partes e outras, independentemente da vontade das partes, muitas vezes até contrariando a vontade de ambas: as relações jurídicas involuntárias, impostas pela ordem jurídica em razão da concretização da hipótese normativa; e as relações jurídicas voluntárias, livres, estabelecidas em função do interesse das partes num verdadeiro acordo de vontades, o denominado ‘contrato’: ‘O contrato é uma forma de limitação da liberdade das partes (pessoas), uma vez que prescreve direitos e impõe deveres [...]’.²⁰

Vasco Rodrigues, citado por Ribeiro, assim conceitua ‘contrato’:

conjunto de compromissos independentes que gozam de algum tipo de proteção legal: em caso de incumprimento, o prejudicado pode socorrer-se do Estado para, dependendo das circunstâncias e do ordenamento jurídico, exigir o cumprimento, ressarcimento ou punição contra o incumpridor.²¹

c.1) A relação jurídica involuntária (imposta)

O Código Civil Alemão de 1900 – BGB incorporou o conceito de ‘relação jurídica’ como fonte de observação do direito, separando em uma parte geral sua constituição, seus efeitos e vicissitudes e abordando o direito como mediador social e instrumento do bem comum. A partir daí o direito passou a ser observado sob o prisma da relação jurídica como meio de formar direitos e deveres entre sujeitos.

O conceito de relação jurídica é fundamental na ciência do direito. Jhering²² afirmou que a relação jurídica está para a ciência do direito assim como o alfabeto está para a palavra. Savigny, no século XIX, foi o responsável por firmar de maneira mais clara o conceito de relação jurídica. Segundo ele, relação jurídica é o vínculo intersubjetivo concretizado pela ocorrência de um fato cujos efeitos são veiculados pela lei (fato jurídico). Trata-se, portanto, de relação social específica tipificada por uma norma jurídica. O conceito advém da teoria personalista, que tem como precursor o jurista alemão Bernhard Windscheid, que entende ser este o vínculo entre dois ou mais sujeitos estabelecido diante de um objeto: ‘relação jurídica é aquela através da qual juridicamente se vinculam duas pessoas, tendo por objeto um interesse’.

²⁰ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI Jr. Irineu. **Teoria geral dos contratos** – contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.128.

²¹ RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito**. Coimbra: Almedina, 1988, p.123.

²² Rudolf von Ihering (Aurich, 22 de agosto de 1818 – Gotinga, 17 de setembro de 1892).

Em contraposição, surgem as teorias normativa e objetivista. A primeira é fundada na ideia de que a relação jurídica consiste na necessidade de determinado comportamento a partir da existência de um fato que produza efeitos jurídicos, indispensável à concretização de cada relação. Ou seja, é a relação do sujeito com a norma jurídica, a concretização da relação de fato pelo liame jurídico da norma. Desta forma, os contratos veiculam duas relações jurídicas para cada sujeito envolvido.

Já a teoria objetivista está pautada na indeterminação do sujeito passivo. A relação jurídica não envolve somente sujeitos, mas tem caráter genérico para abarcar o liame jurídico entre pessoas, pessoas e coisas e pessoas e lugares. As relações jurídicas se formam pela incidência de normas jurídicas em fatos sociais. Em sentido amplo, os acontecimentos que instauram, modificam ou extinguem relações jurídicas. Relações jurídicas fundamentais são aquelas que decorrem da lei e estabelecem direitos fundamentais, dentre eles, o de respeitar o direito do outro em sociedade.

Para existir relação jurídica é preciso a presença de dois requisitos, conforme demonstramos abaixo:

Em primeiro lugar uma relação intersubjetiva, ou seja, um vínculo entre duas ou mais pessoas. Em segundo lugar, que esse vínculo corresponda a uma hipótese normativa, de tal maneira que derivem consequências obrigatórias o plano da experiência.²³

Denomina-se fato propulsor ou fato jurídico o acontecimento concretizador da norma abstrata formando a relação intersubjetiva:

A relação jurídica tem como pressuposto um fato que adquire significação jurídica se a lei o tem como idôneo à produção de determinados efeitos, estatuídos ou tutelados. Assim todo evento, já um acontecimento natural, já uma ação humana, converte-se em fato jurídico, se em condições de exercer essa função. Ao incorporar significação jurídica, o fato origina uma relação concreta e típica entre sujeitos determinados ou determináveis.²⁴

Veremos, abaixo, os elementos caracterizadores da relação jurídica.

– Sujeitos da relação jurídica: relação de um homem em relação ao outro; cada um possui uma situação jurídica própria, que consiste na posição ocupada na relação jurídica como titular de direitos e deveres. A situação jurídica ativa corresponde à posição de agente portador de direito subjetivo, enquanto a situação jurídica passiva, a de possuidor de dever jurídico.

²³ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.216.

²⁴ GOMES, Orlando. **Introdução do direito civil**. 19.ed. São Paulo: Forense, 2007, p.87.

- a) Sujeito ativo – é o credor da prestação ou obrigação principal ou o beneficiário principal da relação. É o titular do direito subjetivo.
- b) Sujeito passivo – titular do dever jurídico, devedor da prestação principal. (Obs.: Esses sujeitos terão obrigações que se dividem em dar, fazer e não fazer.) Todavia, há situações em que o sujeito de direito ainda não existe, como, por exemplo, a herança jacente. Predomina a doutrina que aceita a falta provisória de sujeito ou expectativa de direito.
- c) Vínculo de atributividade – liame reconhecido juridicamente entre os sujeitos. Pode ocorrer por meio de lei, ou acordo de vontades, na figura dos contratos. A inexistência do vínculo acarreta a inexistência da relação jurídica.
- d) Objeto – elemento motriz da relação é a pessoa, a prestação ou a coisa sobre a qual recai o vínculo de atributividade. A relação jurídica gira em torno do objeto.

A relação jurídica pode ser: a) simples: veicula somente um direito subjetivo; b) complexa: veicula mais de um direito subjetivo, com titulares diversos; c) plúrima: veicula mais de um direito subjetivo, todos oriundos de um único titular. d) pública ou privada: dependendo do interesse público ou privado, respectivamente, acobertado pela relação jurídica. Como espécies das relações privadas tem-se as relações patrimoniais ou extrapatrimoniais, suscetíveis ou não de apreciação pecuniária. As relações patrimoniais dizem respeito aos direitos reais e pessoais, enquanto as extrapatrimoniais, à personalidade e à família; e) absoluta ou relativa: as relações absolutas tratam de direito de imposição universal, o qual deve ser respeitado por todos. Já as relativas tratam de direitos cuja eficácia é circunscrita a determinadas pessoas.

Os vínculos jurídicos denominados de relações jurídicas, formados independentemente da vontade das partes, são de duas espécies, considerando as imputações feitas quando da ocorrência do fato social, a concretização da hipótese normativa: relação jurídica objetiva (quando ao acontecimento concreto do fato previsto, nasce, imediatamente, um vínculo entre duas pessoas, uma das quais, colocada no polo ativo, recebe do ordenamento o poder de exigir do sujeito colocado no polo passivo o cumprimento de um dever ou de uma obrigação); relações jurídicas subjetivas, também denominada de direitos subjetivos (antes mesmo do acontecimento concreto da previsão normativa, é atribuído um poder ao indivíduo colocado no polo ativo a ser exercido somente quando alguém, voluntariamente ou não, se coloca no polo passivo. São direitos concedidos às pessoas, para protegerem seus interesses, e que só

se concretiza quando alguém realiza algum ato contrário ao interesse protegido). É o caso, por exemplo, dos direitos à vida, à liberdade, à educação, à segurança, e tantos outros, que a própria existência do Estado faz nascer para os indivíduos a ele pertencentes.

A noção de relação jurídica, conforme a conhecemos hoje, pode ser debitada aos estudos desenvolvidos pelos juristas na Alemanha, no século XIX, com o movimento da Escola das Pandectas²⁵, ou pandectistas, que abandonaram a noção quase divina do jusnaturalismo no qual defendia-se a noção de norma jurídica como ordens dadas por alguém, que continham comandos do tipo ‘é proibido fazer isto’, ‘é permitido fazer aquilo’ ou ‘é obrigatório fazer aqueloutro’ e que as normas jurídicas eram expressões de funtores jurídicos, para uma noção de que o direito é composto de hipóteses normativas a cujo acontecimento concreto faz nascer um vínculo entre duas ou mais pessoas, atribuindo-se a algumas o poder jurídico de exigir de outras o cumprimento de uma obrigação, a relação jurídica. Os pandectistas promoveram a reconstituição história do direito romano. Recebem este nome porque estudavam principalmente a segunda parte do *Corpus Juris Civiles de Justiniano – o Digesto*, cujo nome em grego era *Pandectas*.

c.2) As relações jurídicas voluntárias

O Código Civil de 2002 introduziu no direito brasileiro a noção de negócio jurídico. A partir daí criou-se uma confusão entre os conceitos de negócio jurídico e contrato, chegando-se a afirmar que negócio jurídico é gênero e contrato é uma das suas espécies; ou, ainda, que o contrato é o instrumento de um negócio jurídico.

Em verdade, estabeleceu-se uma confusão meramente terminológica porque negócio jurídico e contrato são sinônimos. São vínculos jurídicos criados entre pessoas por meio de acordo voluntário entre as partes, o que não ocorre com os vínculos jurídicos involuntários criados pela mera incidência normativa, ou melhor, a concretização de uma hipótese normativa.

A rigor, o contrato é uma forma de composição de interesses, que ocorre pela vontade expressa, direta, das partes, ou mesmo pela manifestação de vontade em aderir a um pacto já existente, numa manifestação de vontade parcial, pela falta de influência dessa vontade em todos os termos da contratação. O conceito é relevante em matéria

²⁵ *Pandectas* ou *Digesto* era o nome da coleção de fragmentos das obras dos jurisconsultos romanos, incluídos no *Corpus Juris* de Justiniano. *Pandectas* é a expressão em grego para a palavra latina *Digesto*, e significa ‘livro que contém tudo’.

empresarial porque a noção de interesse é fundamental. Na celebração de qualquer contrato empresarial prevalece o interesse das partes na obtenção de lucro, independentemente de uma atuação concreta na formalização do negócio. O empresário que se torna franqueado, num contrato de franquia, pouco ou quase nada influencia no desenho do negócio ou nas suas estipulações, mas adere pela perspectiva de lucro com a operação.

O que importa, por enquanto, na verdade, é reconhecer que os vínculos jurídicos são relações jurídicas, em seu sentido amplo: relações jurídicas impostas pela ocorrência de um fato anteriormente previsto numa norma jurídica, e relações jurídicas voluntárias, nas quais o indivíduo se insere numa relação com outros na busca de satisfação de seus interesses: o contrato.

O contrato é uma forma de vínculo jurídico, pelo qual as pessoas conciliam os seus interesses estabelecendo, de livre vontade, direitos e obrigações entre si.

Como trataremos de princípio de direito comercial, relevante esclarecer a tipificação do contrato mercantil e suas diferenças com o contrato de direito civil, e modernamente, com os outros tipos de contratos: o do trabalho, os do direito administrativo, e os contratos de consumo.

Na evolução histórica do instituto ‘contrato’, desde sua formulação primeira no direito romano, onde havia uma diferenciação entre o *pactum* e o *contractus*, ambos acordos de vontades para a consecução de objetivos comuns. O *pactum* não gerava obrigações, enquanto o *contractus*, como manifestação de vontade livre era fonte de obrigações para as partes. (No Digesto temos que ‘o pacto nu não gera obrigação, mas sim exceção’).

Irmãos siameses, o contrato civil e o contrato mercantil, no nascimento, foram separados na Idade Média, quer pela subjetividade, quer por uma visão objetiva, quer por estarem submetidos a diferentes formas de solução de seus conflitos. Subjetivamente os contratos mercantis eram celebrados entre comerciantes. Objetivamente, sua finalidade era melhorar a performance da lucratividade em operações de mercado. E, ainda, estarem submetidos a diferentes jurisdições na solução de eventuais divergências entre os contratantes. Paulatinamente foi ocorrendo uma mudança nas características desses dois tipos de contratos. Enquanto nos contratos de direito civil procurava-se proteger o contratante mais fraco, estabelecendo-se regras que atenuavam a rigidez da cláusula *pacta sunt servanda*, como a do *rebus sic stantibus*, nos

contratos de direito comercial se fazia mais rígida a característica pétrea das contratações sob o argumento de que entre comerciantes não haveria participante hipossuficiente porque eram contratos celebrados entre pessoas iguais que deveriam responder sempre pela sua opção de alocação de riscos na busca pelo lucro:

Essa mudança da estrutura do contrato, que ocorreu com dinamismo e velocidade maior a partir do início do século passado e, em particular, após a Segunda Guerra Mundial, transformou a estrutura simplista do contrato, que era um acordo de vontades entre duas pessoas, que poderiam, em tese, estabelecer todos os seus efeitos e regulamentar, com liberdade ampla, todas as consequências do contrato. Passamos a ter o que se chamou de ‘contrato dirigido’, ou seja, o contrato em que alguns direitos e deveres das partes deixaram de ser decorrente da vontade das mesmas e foram impostas pela lei. Então, nesse contrato, que era um ato de vontade tivemos a inclusão de cláusulas, deveres e direitos que inicialmente as partes não previram. Em seguida, tivemos também a convenção coletiva, que não era mais o contrato individual, mas um contrato de vários grupos de pessoas, obrigatório para todos os membros do grupo, como, por exemplo, a convenção coletiva de trabalho. Posteriormente tivemos o contrato de adesão, em que também há a possibilidade de aderir-se ou não a um contrato, mas, na realidade, as cláusulas contratuais, a regulamentação do contrato é estabelecida, a grosso modo, pelo legislador ou por uma agência administrativa.²⁶

Paula Forgioni, em sua obra ‘Contrato empresariais – teoria geral e aplicação’²⁷ explica:

A atenção do comercialista recai sobre os contratos interempresariais, ou seja, aqueles celebrados entre empresas, i.e., em que somente empresas fazem parte da relação.’ porque existem autores, como ela menciona, que chamam de ‘contratos empresariais, aqueles celebrados *com* empresas e os celebrados *entre* empresas. Entendemos, também, que por *contratos empresariais* se deve entender somente aqueles celebrados entre empresas, sob o mesmo argumento da autora: ‘Ao assim proceder, identificamos os contratos empresariais com aqueles em que ambos (ou todos) os polos da relação têm a sua atividade movida pela busca do lucro.’ (idem, 28).

Neste estudo pretendemos esclarecer o sentido do princípio da inerência do risco na atividade empresarial e se justifica uma visão perfunctória sobre os contratos empresariais porque sabemos que a atividade empresarial só se realiza através de contratos. Somente através de contratos é que o empresário exerce o seu objetivo social que se resume na busca incessante pelo lucro.

Sabemos que o empreendedor ao iniciar uma atividade empresarial celebra inúmeros contratos para realizar seus objetivos. Inicialmente um contrato social ou

²⁶ WALD, Arnold. **A evolução do contrato e o novo Código Civil**. Palestra proferida no Seminário realizado em 14.02.2002. Anais do EMERJ. Debate o Novo Código Civil.

²⁷ FORGIONI, Paula Andréa. **Contratos empresariais – teoria geral e aplicação**. 3.ed. São Paulo: RT, 2018, p.27.

estatuto para compor a sociedade que irá desenvolver a atividade; ou, se não tiver sócios, deverá se inscrever como ‘empresário individual’ ou como Empresário Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), cujos termos permitem a empresarialidade individual.

Adotando um ou outro modelo, deverá alugar ou comprar um imóvel para sediar sua empresa, adquirir os bens de seu estabelecimento, contratar profissionais (advogados, contadores, arquitetos, engenheiros, administradores, etc.) para formatar aquele modelo escolhido para o exercício da atividade. Posteriormente, celebrará, ainda, contratos com seus empregados e colaboradores. Assim formatado poderá iniciar a atividade escolhida. Mas, principalmente, as relações econômicas encetadas pelos empresários, não só no desenvolvimento de suas atividades, mas, sobretudo, nas relações de colaboração são feitas por intermédio de contratações. A importância do estudo da teoria geral dos contratos empresariais sobressai como fundamento de todos os esforços para se conhecer melhor as atividades mercantis²⁸, justificando, portanto, esta pequena introdução e explicação sobre os motivos da incursão nessa matéria.

A teoria geral dos contratos foi arquitetada pelos romanos, que estabeleceram suas regras gerais, aplicáveis a todas as espécies de contratos, e que justificavam sua validade jurídica: contratantes capazes, objeto lícito (permitido pela lei) e forma determinada previamente.

E como a exigência básica era a manifestação livre da vontade dos contratantes, construíram, ainda, uma teoria sobre a possibilidade de ineficácia dos pactos, se houvesse erro, coação, dolo, simulação ou fraude na manifestação livre da vontade. *Pacta sunt servanda* era a máxima do instituto para constringer os contratantes ao cumprimento do acordado, sob pena de incorrer ao pagamento de perdas e danos a outra parte.

Porém, como ninguém poderia prever o futuro, nos contratos de longa duração, criaram eles a possibilidade de revisão do pacto, sem agressão ao princípio do *pacta sunt servanda* quando houvesse desequilíbrio posterior na relação contratual por

²⁸ FORGIONI, Paula Andréa. **Contratos empresariais** – teoria geral e aplicação. 3.ed. São Paulo: RT, 2018; ANGELICI, Carlo. **La contrazione d’impresa**. Milano: Giuffrè, 1985; ANTUNES, José Engracia. **Direito dos contratos comerciais**. Coimbra: Almedina, 2007; BURGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. São Paulo: Atlas, 1985; COELHO, Fábio. **Curso de direito comercial**. v.III. São Paulo: Saraiva, 2012; GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1986; MARTINS, Fran°. **Contratos e obrigações comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 1986; REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI Jr., Irineu. **Teoria geral dos contratos** – contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

eventos não previstos ou não previsíveis. *Rebus sic stantibus* (*Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*).

A Teoria da Imprevisão, ou Princípio da Revisão dos Contratos, trata da possibilidade de se alterar um pacto, a despeito da obrigatoriedade, sempre que as circunstâncias que envolveram a sua formação não forem as mesmas no momento da execução da obrigação contratual, de modo a prejudicar uma parte em benefício da outra.²⁹ Outra dirimente ao cumprimento obrigatório dos pactos era a denominada *exceptio non adimpleti contractus*. Significa que uma das partes não pode exigir da outra o cumprimento de sua obrigação sem que ela tenha cumprido sua obrigação contratual.³⁰

Historicamente o instituto teve origem no direito romano e foi modificado através dos tempos de acordo com o avanço civilizatório da humanidade. Tipos diferentes de contratos surgiram durante o transcorrer dos anos em função, principalmente, das diferentes espécies de contratantes. Os comerciantes, abandonados à própria sorte pelo direito romano,³¹ após a queda do Império Romano do Ocidente em 476 d.C., quando Odoacro depôs o imperador Rômulo Augusto, somente se organizaram a partir do século XII, nas denominadas corporações de ofício, guildas ou hansas.

A partir daí, começaram a desenhar um novo tipo de contrato, o contrato celebrado entre comerciantes para o exercício das atividades mercantis. Importante lembrar que a organização jurídica da época comportava quatro tipos de jurisdição diferentes: a da cidade-Estado (próprio da Idade Média), a dos militares (com seus tribunais), o canônico (pela influência da Igreja Católica) e os tribunais do comércio

²⁹ ‘Entre nós, a teoria em tela foi adaptada e difundida por Arnaldo Medeiros da Fonseca, com o nome de teoria da imprevisão, em sua obra ‘Caso fortuito e teoria da imprevisão’. Em razão da forte resistência oposta à teoria revisionista, o referido autor incluiu o requisito da imprevisibilidade, para possibilitar a sua adoção. Assim, não era mais suficiente a ocorrência de um fato extraordinário, para justificar a alteração contratual. Passou a ser exigido que fosse também imprevisível. É por essa razão que os tribunais não aceitam a inflação e alterações na economia como causa para a revisão dos contratos. Tais fenômenos são considerados previsíveis entre nós. A teoria da imprevisão consiste, portanto, na possibilidade de desfazimento ou revisão forçada do contrato quando, por eventos imprevisíveis e extraordinários, a prestação de uma das partes tornar-se exageradamente onerosa – o que, na prática, é viabilizado pela aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, inicialmente referida.’ (GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito civil brasileiro**, v.3. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.52-53).

³⁰ Anote-se que se deve guardar certa proporcionalidade entre a recusa de cumprir a obrigação de um e a inadimplência do outro, pois não se fala em exceção de contrato não cumprido quando o descumprimento é mínimo e parcial (REsp 981.750-MG, Rel. Min^o. Nancy Andrighi, informativo STJ de 430, abr. 2010).

³¹ ‘Seja como for se, em verdade, não existe em Roma ramo jurídico próprio das instituições comerciais existem por certo instituições de direito privado tendendo a satisfazer às necessidades interiores das transações comerciais.’ (CORRÊA, Alexandre Augusto de Castro. Existiu, em Roma, direito comercial? **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, v.65, p.67-103, jan^o. 1970. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66604>>. Acesso em: 20 jun^o. 2018).

(para julgar os dissídios entre seus filiados). Nesses tribunais do comércio começou a ser esboçada uma teoria própria dos contratos celebrados entre comerciantes, tomando por base os fundamentos do contrato romano, mas aderindo a ele regras próprias da atividade mercantil. Antes disso, com a criação das cidades-Estado soberanas surgiram esboços de uma teoria de contrato administrativo, no qual uma das partes era o soberano. Mais recentemente, na época da Revolução Industrial, entre 1760 e 1860 na Inglaterra, surgiram os contratos de trabalho celebrados entre empregador e empregado. Somente em 1990, no Brasil, surgiu, desprendendo-se do contrato mercantil, o contrato de consumo entre fornecedor e consumidor.

Os contratos mercantis, durante muito tempo, foram estudados pela ótica do direito civil, muito embora distinguidos pelos exclusivos participantes e pelo seu peculiar objeto. Os participantes deveriam ser unicamente comerciantes e o objeto era mercadoria ou serviços. Auspiciosamente começaram a ganhar tipologia própria com o reconhecimento de outras características indispensáveis, principalmente, a busca pelo lucro³², daí seu nítido caráter econômico:

Contratos empresariais são aqueles cujos contratantes são empresários, no exercício de sua atividade profissional. [...] Em princípio seus contratantes, por serem empresários, apresentam condições similares de acesso à informação e à análise dos riscos que permeiam toda negociação empresarial. O risco é o seu elemento essencial, ainda que eventualmente não seja simples distinguir a frustração que pode advir de uma situação de risco e a existência de fatores excepcionais capazes de alterar a força vinculante do contrato.³³

O vínculo humano estabelecido sob previsão do ordenamento jurídico, de forma voluntária, no qual os participantes distribuem entre si poderes e deveres, sob a ótica da empresariedade, por outra visão, apresenta certo grau de risco a sua realização. Veremos adiante, para estudarmos especificamente o denominado “princípio da inerência do risco na atividade empresarial”, que existem riscos na atividade empresarial e existem riscos relativos ao aperfeiçoamento dos contratos pelos quais se desenvolve essa atividade.³⁴ Assim, é importante para o estudo dos princípios do direito

³² ‘O diferenciador marcante dos contratos mercantis reside no *escopo de lucro de todas as partes envolvidas*, que condiciona seu comportamento, sua ‘vontade comum’, e, portanto, a *função econômica* do negócio, imprimindo-lhe dinâmica *diversa e peculiar*.’ (FORGIONI, Paula Andréa. Contratos empresariais – teoria geral e aplicação. 3.ed. São Paulo: RT, 2018, p.38).

³³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI Jr., Irineu. Teoria geral dos contratos – contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.16-17.

³⁴ ‘Não se pode pensar a empresa de forma isolada. Essa visão confina o agente econômico nas próprias fronteiras, desliga-o do funcionamento do mercado, reduzindo impropriamente a análise. A perspectiva estreita não permite reconhecer o papel essencial desempenhado pelas relações estabelecidas entre os entes que atuam no mercado. A

comercial, detalhar brevemente as ligações estabelecidas entre os seres humanos a fim de aclarar a noção de princípio. Este passeio por outros cenários nos leva a refletir, primeiramente, que os princípios não são exclusividades dos vínculos jurídicos e nem criação reservada aos operadores do direito. Tanto nos vínculos naturais, como nos sociais, há princípios que orientam a ação humana e que nasceram das relações motivadas pela necessidade de um convívio pacífico entre as pessoas. Podemos citar, nos vínculos naturais, o princípio do respeito familiar aos pais, o princípio de não agressão entre os irmãos, e o próprio sentimento de família, que vai do berço ao túmulo. Nos vínculos sociais, o princípio de respeito aos mais velhos e o princípio da solidariedade entre as pessoas, dentre outros.

Com isso, demonstramos que os princípios integram não só a natureza humana e os vínculos estabelecidos entre as pessoas (natural, social ou jurídica, voluntária ou involuntária, permanente ou transitória), mas a própria existência humana em face das regras imutáveis da natureza, como os princípios da física, da química, da matemática, o que nos leva a constatar a existência de princípios diversos, quer na sua natureza, quer nas suas finalidades.

Os princípios das ciências naturais são universais. Implica em dizer que o princípio da dilatação dos metais opera nas mesmas condições em qualquer parte do universo. Enquanto os princípios das ciências sociais, principalmente os do direito, são contingentes. Ou seja, o mesmo princípio tem expressões diferentes de acordo com o sistema jurídico no qual estão inseridos.

O princípio da igualdade, adotado desde a Revolução Francesa e constante em todos os sistemas jurídicos democráticos, tem dimensões diferentes em sistemas jurídicos diversos. ‘Devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade’, conforme ensina Aristóteles, encontra dimensões diferentes em vários sistemas jurídicos.³⁵ Por isso, todos os princípios tratados nesta

empresa não apenas ‘é’; ela ‘age’, ‘atua’, e o faz por meio de contratos. A empresa não vive ensimesmada, metida em seus ajustes internos; ela revela-se nas transações. Sua abertura para o ambiente institucional em que se encontra é significativa a ponto de parte da doutrina afirmar que ‘os modernos complexos produtivos não são o estoque de bens, mas feixes de relações contratuais. A empresa cristaliza-se em sua atividade de interagir, a empresa é agente econômico.’ (FORGIONI, Paula Andréa. Contratos empresariais – teoria geral e aplicação. 3.ed. São Paulo: RT, 2018, p.23).

³⁵ Rui Barbosa, como paraninfo dos formandos da turma de 1920 da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em São Paulo, fez um discurso intitulado ‘Oração aos Moços’, no qual pontificou: ‘A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real’. (BARBOSA, Rui. Oração aos Moços. 5.ed. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999, p.41).

tese são particulares e se limitam aos termos do sistema jurídico brasileiro adotado neste tempo. Não há nenhuma possibilidade de universalização nem garantia de que será sempre observado. A civilização avança e, com ela, surgem novas descobertas, aspirações e interesses, que alteram de forma ponderável os vínculos humanos, especialmente os jurídicos, ao sabor de novas ideologias.

3. O ORDENAMENTO JURÍDICO

No que tange aos contratos empresariais e o reconhecimento da existência do risco na atividade empresarial, vemos que o Código Civil inovou o direito brasileiro ao acrescentar alguns ‘princípios’ à matéria contratual, Conforme reconheceu Judith Martins –Costa ao destacar que na legislação anterior não havia referência expressa a princípios cabendo ao juiz ou ao doutrinador descobrir algumas regras principiológicas pelo exame racional do sistema.³⁶

O conjunto de regras criado por um legislador competente para administrar a coletividade é denominado de ordenamento ou sistema jurídico. Ordenamento jurídico e sistema jurídico são utilizados como sinônimos embora existam consideráveis diferenças entre ambos, razão pela qual preferimos utilizar a palavra ordenamento jurídico para designar o conjunto de regras, deônticas ou não, que compõem o direito de um determinado território soberano.

Ordenamento designa um conjunto de regras deônticas, dinâmico, no qual, em todo momento, são introduzidas novas regras e retiradas outras, sem a perda de característica de um conjunto harmônico e funcional. Sistema jurídico, por sua vez, significa algo estático, necessariamente completo e fechado, sem lacunas nem antinomias, obtido metaforicamente, pela introdução de regras que excluem a possibilidade de qualquer caso ser decidido pelo juiz. Sistema é o nome dado a um conjunto de coisas com características comuns, agregadas por um princípio unificador, e que exercem uma única função. Um sistema digestivo é um conjunto heterogêneo de órgãos que conjuntamente exercem a função de processar os alimentos ingeridos por um ser animal.

Norberto Bobbio entende que as expressões ‘ordenamento jurídico’ e ‘sistema jurídico’ são sinônimas. Para ele, o ordenamento jurídico é um complexo de normas, o

³⁶ MARTINS-COSTA, Judith, Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. Revista Direito GV, v.I. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p.42.

que justifica seu argumento de que as normas não existem isoladamente, mas são ligadas umas às outras, formando um sistema normativo.³⁷

Entendemos por 'sistema' uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação³⁸.

Tercio Sampaio Ferraz Junior explica:

Há, evidentemente, uma noção intuitiva do que seja o sistema, que é comum a qualquer pessoa que fala a língua portuguesa. Quando falamos em sistema, pensamos, imediatamente, em ordem, em conjunto, em todo, em ordenação. Isto é, a palavra 'sistema' tem, no vocabulário de todo dia, pelo menos dois sentidos que nos foram fornecidos pela tradição. De um lado, nós entendemos essa palavra com sentido de 'nexo'. Trata-se de uma reunião de coisas, de elementos quaisquer que sejam, um conjunto. Conjunto de coisas interligadas. De outro lado, a usamos no sentido de 'método', quando dizemos, por exemplo, 'ser sistemático', significa, com isso, 'ser metódico'. Esta é a inteligência que temos do termo do nosso discurso habitual, bem como quando usamos a palavra dentro de uma obra de teoria geral de Direito.³⁹

Já em Maria Helena Diniz, encontramos:

O sistema não é uma realidade nem uma coisa objetiva; é o aparelho teórico mediante o qual se pode estudar a realidade. É, por outras palavras, o modo de ver, de ordenar, logicamente, a realidade, que, por sua vez, não é sistemática. Todo sistema é uma reunião de objetos e seus atributos (que constituem seu repertório) relacionados entre si, conforme certas regras. [...] o Direito não é um sistema jurídico, mas uma realidade que pode ser estudada de modo sistemático pela Ciência do Direito. É indubitável que a tarefa mais importante do jurista consiste em apresentar o Direito sob uma forma ordenada ou 'sistemática', para facilitar o seu conhecimento, bem como seu manejo por parte dos indivíduos que estão submetidos a ele, especialmente pelos que o aplicam.⁴⁰

A expressão sistema jurídico foi muito utilizada pelos positivistas para ressaltar o caráter clausular do conjunto de regras de comportamento, dito por eles necessário para conceituar o direito como uma ciência social específica. O caráter sistemático do direito era enfatizado diante de duas regras adotadas pela maioria dos conjuntos

³⁷ BOBBIO, Norberto. A teoria do ordenamento jurídico. Brasília: UnB, 1997.

³⁸ BOBBIO, Norberto. A teoria do ordenamento jurídico. Brasília: UnB, 1997, p.86.

³⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sistema jurídico e teoria geral dos sistemas. Aulas do professor Tercio Sampaio Ferraz Junior, em 12, 14 e 16/03/1973. Apostila do 'Curso de Extensão Universitária' da Associação dos Advogados de São Paulo, p.6.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. As lacunas de direito. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.26-27.

normativos: a de colmatação de lacunas e a obrigatoriedade da decisão judicial. Diziam as regras que nenhum juiz poderia deixar de decidir alegando falta de lei, devendo, no caso, lançar mão de recursos outros para fundamentar sua decisão, como a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Explicando melhor esse posicionamento, o conceito de sistema pode ser formulado da seguinte forma: ‘denomina-se sistema um conjunto de elementos interligados entre si para realizar alguma função’. Das ciências em geral pegamos em empréstimo os conceitos gerais de sistema, reconhecendo a existência de sistemas abertos, sistemas fechados e sistemas isolados, pelo critério de sua interação com o meio ambiente.

Como o exemplo é tomado das ciências em geral, temos como critério de distinção a interação de massa e energia dentro do conjunto escolhido, porque todo conjunto de elementos do mundo natural se compõe, obrigatoriamente de massa e energia em constante interação. Todos os elementos da natureza se compõem de massa e energia, o que, evidentemente, não se aplica ao conjunto de regras jurídicas, que pertencem ao mundo da linguagem, com suas regras próprias.

Fazemos essa advertência para mostrar que a representação do direito como um sistema de regras de comportamento é mais uma metáfora que uma realidade. Os sistemas, considerados um conjunto de coisas funcionando harmonicamente para se obter um determinado resultado, são classificados como: a) sistemas abertos, nos quais há uma troca constante de elementos internos ao conjunto com elementos externos ao conjunto, como por exemplo um rebanho ou um reservatório de água, nos quais a entrada e saída de elementos não desnatura sua categoria; b) sistemas fechados, nos quais não há troca de elementos, mas pode haver a influência de outros fatores, como por exemplo o conjunto de normas idealizado pelos positivistas, no qual, as regras eram imutáveis, mas na falta delas o julgador deveria utilizar elementos externos (analogia, costumes e princípios gerais) para manter a clausura do conjunto; ou, um relógio, que de tempos em tempos era necessário ‘dar corda’ ou trocar as pilhas; c) e sistemas isolados, nos quais não há nenhuma troca possível entre os elementos que o compõem e o seu meio ambiente, como, por exemplo, o sistema circulatório ou o sistema digestivo humano. É verdade, contudo, que não existe um sistema totalmente isolado, porque de uma forma ou de outra, neles há uma troca de energia. Um sistema é aberto quando é possível encaixar um elemento estranho, que vem de fora, que não pertence ao seu conjunto de elementos e, apesar disso, não é necessário modificar sua estrutura e regras

de relacionamento. ‘A língua é um sistema aberto. Admite um elemento novo sem modificar a estrutura’, ou seja, é possível incluir uma palavra estrangeira sem modificar as regras de relacionamento dos elementos do sistema. ‘Ocorre que isso tem certo limite. Se, numa frase de cinco palavras, eu tiver quatro inglesas e uma portuguesa, eu quebro a estrutura do português. Então, há certo limite para a abertura de um sistema’⁴¹. Tercio Sampaio, em suas aulas, defendia a ideia de ser o conjunto de normas um sistema em contato com outros sistemas, de forma circular. Ou seja, o sistema jurídico em contato com outros sistemas (história, valores, cultura, psicologia, sociologia) permitia a entrada e a saída de elementos desses outros sistemas, conferindo certa dinamicidade ao direito. Há sempre um canal de entrada e um canal de saída.⁴²

Os positivistas advogavam que o conjunto de normas jurídicas era um sistema necessariamente fechado. Hoje, podemos dizer que o direito é um sistema aberto que se retroalimenta diariamente com milhares de novas regras introduzidas no conjunto, e milhares de regras excluídas desse mesmo conjunto. Não só pela atuação de legisladores de todas as espécies na feitura de normas gerais, mas e principalmente, pela ação de julgadores de todas as espécies, na feitura de normas individuais.

Atualmente, ultrapassada a tentativa de se conceituar o direito como ciência, preferimos utilizar a expressão ordenamento jurídico para designar o conjunto de regras, escritas ou não, positivadas ou não, que constituem o material primário para fundamentar as decisões judiciais.

Como sabemos, ordenamento jurídico se compõe de regras de diversas naturezas, conforme o critério utilizado pelo pesquisador. Não são só normas de comportamento, as denominadas regras de ‘dever-ser’, como normas de natureza diversa. ‘As normas têm diferentes formas, muito embora seja tentador diluir a noção de normas naquela mais geral de normatividade’⁴³. O conceito de norma jurídica não será objeto deste estudo em virtude de sua inescusável complexidade, conforme demonstrou Alexy.⁴⁴ É normal a visão de ser o ordenamento jurídico um conjunto de

⁴¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sistema jurídico e teoria geral dos sistemas. Aulas do professor Tercio Sampaio Ferraz Junior, em 12, 14 e 16/03/1973. Apostila do ‘Curso de Extensão Universitária’ da Associação dos Advogados de São Paulo, p.13-14.

⁴² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sistema jurídico e teoria geral dos sistemas. Aulas do professor Tercio Sampaio Ferraz Junior, em 12, 14 e 16/03/1973. Apostila do ‘Curso de Extensão Universitária’ da Associação dos Advogados de São Paulo, p.22-23.

⁴³ LIVET, Pierre. As normas – análise da noção, estudo de textos: Wittgenstein, Leibniz, Kelsen Aristóteles. Petrópolis: Vozes, 2009, p.8.

⁴⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p.50-76.

regras de comportamento, dado o seu caráter universal de ser o instrumento que limita e condiciona o comportamento humano.

Nesse sentido, todas as normas, direta ou indiretamente, têm por finalidade reger o comportamento humano; todavia, é possível utilizar outros critérios para distinguir as normas jurídicas. Dentre os mais evidentes estão os critérios da finalidade e da natureza.

Pelo critério da finalidade, temos: a) as regras de imputação de comportamentos, denominadas regras de ‘dever-ser’, que se destinam a impor comportamentos de conformidade com a história e a cultura do povo a que se destina; b) as normas de estrutura, também chamadas de normas programáticas, ou ainda, de normas de organização, que se destinam a ‘montar o tabuleiro’ no qual serão colocadas as normas de ‘dever-ser’; c) as denominadas regras de competência, cuja finalidade é outorgar a alguém poderes para legislar, decidir, fiscalizar e prestar outros determinados serviços públicos.

Podemos ainda identificar outras normas de menor importância, cuja finalidade, por exemplo, é conceder alguma honraria a alguém, ou simplesmente nomear uma rua, uma praça, uma vila ou uma cidade.

E, o mais importante para a finalidade deste estudo, são as regras denominadas ‘princípios’ dos quais trataremos mais tarde, mas que servem, principalmente, para fornecer as características básicas de um determinado ordenamento jurídico.

O critério da finalidade não esgota a classificação das normas jurídicas, mas serve para ressaltar que o ordenamento jurídico é composto de normas de finalidades diferentes, numa visão estritamente utilitarista, porque, no fundo, todas as regras de um ordenamento jurídico têm uma única finalidade: possibilitar a solução dos conflitos humanos.

Pelo critério da natureza, podemos identificar regras jurídicas de: a) regras de ‘ser’; b) regras de ‘dever-ser’; e c) regras de ‘fazer’.

As regras de ‘ser’ são as mesmas normas classificadas pelo critério da finalidade como regras programáticas; elas dizem como o ordenamento é construído. Autocracia ou democracia, monarquia ou ditadura, capitalismo ou socialismo.

Essas regras determinam o que o Estado ‘é’. Outras da mesma natureza são as que determinam a capacidade dos indivíduos para praticarem os atos da vida civil: capaz, incapaz ou relativamente capaz. Essas regras determinam o que o indivíduo ‘é’.

As regras de ‘dever-ser’, vistas agora sob outro ponto de vista, são aquelas que dizem como o homem deve se comportar. São aquelas cuja estrutura foi defendida por Kelsen como reduzidas logicamente a ‘dado ‘F’, deve ser ‘C’, e se ‘não-C’, deve ser ‘S’. onde ‘F’ é o fato imponível, ‘C’ é o comportamento desejado pela ordem jurídica, ‘não-C’ é o descumprimento do mandamento, e ‘S’ é a sanção a ser aplicada ao caso.

As regras de ‘fazer’ são aquelas que dizem quem vai ter o poder jurídico de criar, modificar ou extinguir as relações jurídicas. São as normas que deferem competência jurídica para o legislador fazer leis, o agente público ditar normas e impor obrigações, o juiz e demais julgadores decidirem os processos e os casos trazidos à solução.

Os dois critérios servem apenas para esclarecer melhor esse universo, tal qual um sistema de classificação, cuja finalidade é ‘jogar um pouco de luz’ num determinado universo que se pretende conhecer melhor, mas em nada diferem quanto ao resultado, porque eles apenas mudam o nome das espécies de normas jurídicas que compõem o ordenamento.

São essenciais para o funcionamento do ordenamento jurídico. São as primeiras regras a serem criadas e darão conformidade ao próprio Estado, que é a criação máxima do ordenamento. Quando um determinado povo assentado em um dado território resolve se transformar num Estado soberano, sua primeira decisão é sobre a forma política de governo a ser adotada: governo monocrático (autocrático) ou democrático. A partir dessa decisão começa a conformação do novo Estado que, em seguida, decidirá sobre seu regime econômico: socialismo ou capitalismo. Em outras palavras, definirá se a atividade econômica será exclusiva do Estado ou dos particulares. Ou mesmo entre esses extremos, decidirá pela intervenção do Estado no domínio econômico⁴⁵, regime que prevê a defesa da propriedade privada e da atividade econômica dos particulares, mas sob supervisão e orientação estatal em diferentes graus, desde a intervenção mais tênue – apenas para fiscalizar a atividade econômica e coibir os exageros da concorrência – até a mais acentuada, como o estabelecimento de monopólios. Para a perfeita caracterização desse tipo de normas jurídicas, trazemos o exemplo de Norberto Bobbio⁴⁶ ao mencionar o jogo de xadrez.

⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. Elementos de direito econômico. São Paulo: RT, 1981. O autor aborda a intervenção do Estado na ordem econômica.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 9.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p.46.

Para o jogo acontecer é necessário estabelecer previamente que será desenvolvido num tabuleiro quadrado dividido em 64 quadrados nele contidos, alternados entre quadrados claros e quadrados escuros, em oito fileiras e oito colunas, iniciando-se a primeira com um quadrado claro do lado direito, lado em que serão colocadas as peças claras, dispostas em ordem também previamente estabelecida de acordo com a qualidade das peças do jogo. Nessa primeira fileira serão colocados, lado a lado, a partir da esquerda para a direita, uma torre, um cavalo, um bispo, a dama, o rei, outro bispo, outro cavalo e outra torre. Na segunda fileira serão colocados oito peões. O mesmo ocorre do outro lado do tabuleiro com as peças escuras. Cada uma dessas peças (torre, cavalo, bispo, rainha, rei e peões) têm seus movimentos previamente definidos. Sem essas regras estruturais seria impossível o jogo de xadrez, como qualquer outro jogo, de peças ou de pessoas, como vôlei, basquete ou futebol. O mesmo acontece com o ordenamento jurídico. Sem as normas de estrutura seria impossível construir um sistema coerente de normas jurídicas.

Essenciais também são as normas de competência em sua função de atribuir a alguém, individualmente ou em grupo, a capacidade de produzir outras normas, introduzindo-as no sistema, ou capacidade de excluir normas desse sistema. É atribuir a alguém, em decisão própria ou colegiada, a capacidade de solucionar conflitos humanos, criando, modificando ou extinguindo vínculos jurídicos entre as pessoas.

As normas de competência são de três tipos: as de competência legislativa, que abrangem a designação das funções de parlamentares, membros das Câmaras de Deputados, do Senado Federal, das Assembleias Legislativas dos Estados, nos países onde haja federação de Estados, e até das Câmaras Municipais; as de competência administrativa, que abrangem os encarregados de edição de posturas administrativas, como portarias, circulares, ordens de serviço, instruções normativas; e as de competência judicante, que englobam a outorga de poderes de decisão individual ou coletiva para solucionar questões conflituosas surgidas entre as pessoas.

As regras de ‘dever-ser’, como a própria nomenclatura desvenda, são as normas jurídicas que estabelecem vínculos entre as pessoas e decorrem da prévia existência de uma norma jurídica posta no ordenamento por um agente capaz. São os vínculos jurídicos vistos anteriormente e que resultam da existência de uma organização jurídica estatal impondo aos que a ela se submetem um modo próprio de comportamento, este o ideal desejado pela maioria da sociedade.

Interessante é a visão de José Joaquim Gomes Canotilho sobre a diversidade de espécies de normas jurídicas, que a partir de seu conceito de bipartição das normas em organizatórias e materiais, distinguiu:

I – Regras jurídico-organizatórias: regulam o estatuto da organização do Estado:

- a. regras de competência: estabelecem as atribuições ou as esferas de competência dos vários órgãos constitucionais;
- b. regras de criação de órgãos (normas orgânicas): disciplinam a criação de certos órgãos e podem, ainda, atribuir competência a esses órgãos, transformando-se em normas orgânicas e de competência.
- c. regras de procedimento: usadas somente quando o procedimento é elemento fundamental da formação da vontade política ou do exercício das competências consagradas na Constituição.⁴⁷

II – Regras jurídico-materiais: regulam os limites e programas da ação do Estado e classificam-se em quatro grupos:

- a. regras de direitos fundamentais;
- b. regras de garantias institucionais;
- c. regras determinadoras de fins e tarefas do Estado; e,
- d. regras constitucionais impositivas; podem apresentar uma subdivisão em: ordens de legislar e imposições legiferantes ou imposições constitucionais.⁴⁸

Hart, por sua vez, também distingue os diferentes tipos de regras em regras primárias e secundárias. As regras do primeiro tipo são as de ‘dever-ser’ porque impõem deveres, obrigações; as do segundo tipo são as regras de competência, porque atribuem poderes aos diversos agentes públicos. As regras secundárias, por sua vez, seriam:

- a) de reconhecimento (*rule of recognition*), permitem definir quais as regras que pertencem ao ordenamento;
- b) de alteração (*rules of change*), que conferem poder a um indivíduo ou a um corpo de indivíduos para introduzir novas regras primárias e eliminar as antigas, no reconhecimento do caráter autopoietico do ordenamento jurídico;
- c) de julgamento ou de adjudicação (*rule of adjudication*), dão poder aos agentes públicos para decidir as questões a elas colocada.⁴⁹

Depois de uma visão normativa do conjunto de regras jurídicas, apresentaremos uma visão própria do mundo jurídico, composto de três fases distintas e complementares: tarefa de elaboração das regras; tarefa interpretativa (nos seus vários significados, inclusive ao estabelecer as relações jurídicas) e tarefa de aplicar as regras na solução dos conflitos.

⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teorias da Constituição. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2000, p.1132-1137.

⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teorias da Constituição. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2000, p.1132-1137.

⁴⁹ HART, Herbert. O conceito de direito. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p.102.

A atuação dos princípios no ordenamento jurídico difere muito em cada uma destas tarefas. Na criação do direito pela tarefa dos legisladores, no entendimento da significação das regras postas pelos intérpretes e doutrinadores, e na aplicação dessas regras pelos juízes e demais julgadores. A atuação dos princípios não é unívoca, quer pela sua natureza, quer por suas finalidades nessas diferentes fases do fenômeno jurídico.

CAPÍTULO II

A CONSTRUÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Ao adotarmos a visão de que o direito é uma técnica de solução de conflitos humanos com a finalidade de se obter pacificação social, que não implica na paz entre as partes, mas apenas na solução estatal da divergência, endereçaremos nossos estudos a duas posições complementares. A primeira visão é a da construção de um edifício jurídico como fundamento e ferramenta; a segunda é a da aplicação desse instrumento na solução dos conflitos. Em outras palavras: verificaremos como a sociedade constrói seu ordenamento jurídico e como aplica esse instrumental em seus problemas.⁵⁰

Quando alguém estuda o direito como um conjunto de normas, perde a visão das partes do todo. O conjunto de normas denominado ordenamento jurídico pode ser estudado de modo diverso. Devemos reconhecer que o mundo jurídico é composto de três fases, completamente distintas, muito embora complementares, porque não existem sozinhas. Cada uma delas necessita da outra para sua própria existência como um corpo jurídico válido e eficaz.

Essa não é uma questão nova, mas deve ser enfatizada neste trabalho para demonstrar a influência dos princípios jurídicos nas diversas fases, e sua função específica em cada uma delas. Constataremos que o mesmo princípio jurídico atua de modo diferente quando invocado na elaboração das normas, quando lembrado na exegese do texto, ou quando serve como fundamento à decisão judicial.

A construção do ordenamento jurídico se dá em três fases distintas, mas complementares: a primeira, na qual estudaremos a criação da norma jurídica como um eficiente instrumento da intervenção do Estado nas relações particulares; a segunda, quando a hipótese normativa é concretizada por alguém e provoca a incidência da previsão, condicionando deontica e coativamente a conduta das pessoas envolvidas pela relação jurídica criada com a realização do comportamento previsto como hipótese (antecedente) da norma e que acarreta, desde que constituída por agente competente, a aplicação do consequente; a terceira fase compreende a atividade atribuída ao Poder do

⁵⁰ A palavra 'problema' aqui empregada tem a dimensão proposta por Viehweg: '[...] toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta.' (VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. 5.ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1979, p.34).

Estado de fazer o sujeito passivo da relação jurídica cumprir as obrigações estabelecidas por ela.

Essa visão global permite entender o direito como uma técnica na solução de conflitos com a finalidade de se obter um convívio social saudável.

A intenção deste estudo é demonstrar a possibilidade de se abrigar o conceito de direito sob a ótica da utilidade. Para tanto, é necessário considerar como premissa a expressão direito como uma técnica de solução de conflitos cuja finalidade é organizar a vida social e obter o reequilíbrio das relações sociais entre as pessoas de uma mesma comunidade. Aqui se põe a antiga questão de saber se o direito é uma técnica ou uma ciência:

[...] Aristóteles já estabelecia a distinção entre *techne* e *episteme*. *Episteme*, segundo a *Ética a Nicômaco* (6, 3, 1.139-b, 18 e seg), é um hábito de demonstrar a partir de causas necessárias e últimas, e portanto, uma ciência; *techne*, segundo a obra citada (6, 4, 1.140-a, 6 e seg) é um hábito de produzir por reflexão razoável.⁵¹

Na definição de Celso (Κέλσος – filósofo grego do século II) – *ius est ars boni et aequi* – o direito é uma arte (técnica), e não ciência, principalmente porque a ação humana é sempre imprevisível.

Para tanto, partindo da premissa de que o direito deve ser encarado como uma técnica de solução de conflitos sociais, verificaremos que essa técnica se desenvolve em três fases distintas, mas necessariamente complementares, e, por isso, devem ser estudadas simultaneamente.

Na primeira fase, encontramos a elaboração das regras de conduta e das regras instrumentais, ambas denominadas de normas jurídicas⁵², a primeira de natureza prescritiva, e as segundas, estruturantes do sistema jurídico, pelas quais os legisladores, capacitados por regras instrumentais anteriores, criam as normas de conduta ou hipóteses normativas.

A segunda fase é o momento em que um evento qualquer social, anteriormente transformado em fato jurídico, atrai a incidência da regra deôntica, resultando numa relação entre duas ou mais pessoas, outorgando a algumas o poder de exigir de outras o cumprimento de uma obrigação, e que denominamos de relação jurídica, por ser uma

⁵¹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. 5.ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1979, p.54.

⁵² Utilizamos a expressão ‘norma jurídica’ entre parênteses para enfatizar que o mesmo termo serve de descrição de vários tipos de regras: as regras de conduta, denominadas de regras de ‘dever-ser’, as regras programáticas ou de organização, as regras de competência, e outras, como veremos adiante, todas denominadas de ‘normas jurídicas’.

relação estabelecida quando alguém realiza a hipótese normativa e um agente competente a estabelece. Não é uma relação voluntária, mas determinada pelo direito, e por isso denominada de relação jurídica.

A terceira fase só ocorre quando a obrigação prevista na norma, e estabelecida pela incidência da hipótese normativa no evento social, é descumprida pela pessoa colocada no polo passivo da relação jurídica; surge, então, a necessidade da intervenção do Estado para restabelecer a ordem jurídica violada pelo descumprimento da obrigação.

Essas três fases da técnica de solução de conflitos sociais são diferentes, mas necessariamente complementares, e juntas recebem a denominação genérica de direito.

Direito, tal qual a maioria das palavras utilizadas em nossa comunicação, não tem um sentido preciso e determinado, podendo significar uma porção de coisas diferentes. É um termo ambíguo, como todos os demais. São raros, em nossa comunicação, os termos que denotam um único e exclusivo objeto. A maioria sofre de ambiguidade. É necessário estabelecer *a priori* um sentido unívoco do termo utilizado para tornar inteligível a comunicação. Nesse passo, adotaremos, para nossas finalidades um conceito de direito, desprezando-se, propositadamente, todas as outras possíveis significações desse vocábulo. Chamaremos de direito a técnica de solução de conflitos sociais que se desenvolve em três estágios complementares: (i) a elaboração e a criação das normas jurídicas, (ii) o nascimento das relações jurídicas pela ocorrência fática da hipótese normativa e (iii) a atuação do Estado, ou de alguém por ele nomeado, obrigando o sujeito passivo da relação jurídica ao cumprimento da obrigação.

Direito, então, é uma técnica de solução de conflitos humanos com a finalidade de restabelecer a ordem jurídica violada pelo descumprimento da obrigação, estabelecida pela regra deontica anteriormente prevista, como consequência dessa ação ou omissão de alguém.

Este novo conceito amplia a visão mais adotada pela doutrina de ser o direito somente um conjunto de regras deonticas, denominadas, genericamente, de ‘normas jurídicas’. Conjunto esse necessário para disciplinar os comportamentos humanos no convívio social, e que em sua estrutura formal pode ser escrito como: D[F(S’RS’)] onde: D (dever-ser), que dado o fato F, se instala uma relação jurídica entre dois sujeitos S’ e S’, que é a representação do sentido deontico completo, que do ponto de

vista sintático se apresenta como um juízo condicional no qual se associa uma determinada consequência a uma realização fática prevista no antecedente.

Nessa ótica, o direito seria apenas o estabelecimento de hipóteses que realizadas acarretariam uma consequência deôntica para os envolvidos. Em outras palavras, poderíamos dizer que o direito seria composto de normas gerais e abstratas (as hipóteses normativas – previsão de acontecimentos incertos e futuros) cuja realização, após a ocorrência desse fato hipotético, agora concreto, seria o surgimento de uma norma individual e concreta, de proibição, permissão ou obrigação, modulando deonticamente as condutas humanas. Entretanto, o direito não é só isso. Também faz parte do direito a criação de outros tipos de normas, pelos agentes competentes, cuja finalidade não é a de condicionar condutas humanas, mas moldar o sistema jurídico, com normas de estrutura na criação de órgãos e regras de competência na definição de poderes. Esse primeiro fenômeno deve ser estudado como parte indissolúvel do direito, pois é nesse passo que verificaremos as condições de adequação da regra com o sistema no qual será inserida. É a questão da validade da norma jurídica.

Cumpramos, também, depois do acontecimento da hipótese e da realização do enlace relacional, como o sistema jurídico se comporta para, de fato, solucionar as questões humanas, restaurando a ordem jurídica violada. A realização da relação jurídica numa norma individual e concreta também será objeto de nossas preocupações. É a vigência e eficácia da norma jurídica em face das soluções adotadas pelo sistema jurídico no restabelecimento da ordem (julgamento, mediação, conciliação, arbitragem, etc.).

A primeira fase engloba elaborar e criar normas jurídicas. A elaboração das normas ocorre desde o momento em que alguém capacitado pelo sistema jurídico entende que determinada conduta deve ser regulada ou que determinada estrutura deve ser criada. Presente nesse processo estão, preponderadamente, os valores. Embora seja impossível definir o que seja valor⁵³, a norma jurídica é sempre a concretização de um valor. É o valor que condiciona a elaboração das normas jurídicas. O legislador (no sentido mais amplo) proporá a criação de uma regra deôntica de obrigação se, por meio dos seus valores ou dos valores da sociedade na qual viver, entender que essa conduta é necessária para organização social, tal como acontece com a obrigação de pagar tributos, votar ou prestar serviço militar. Se, contudo, ele entender que a conduta é

⁵³ HESSEN, Johannes. **Filosofia dos valores**. Coimbra: Armênio Amado, 1974, p.37.

indiferente, criará uma regra deôntica permissiva. Mas, ao contrário, se entender que a conduta é prejudicial à comunidade, certamente, elaborará uma regra proibitiva deste comportamento.

Por outro lado, há de se considerar, também, que além de condicionarem a elaboração e a criação de normas jurídicas, essas normas concretizam os valores que a condicionaram, conforme entendimento de Hans Kelsen:

Uma norma objetivamente válida, que fixa uma conduta como devida, constitui um valor positivo ou negativo. A conduta que corresponde à norma tem um valor positivo, a conduta que contraria a norma tem um valor negativo. A norma considerada como objetivamente válida funciona como medida de valor relativamente à conduta real.⁵⁴

Para ele, o valor era alguma coisa interna às normas, porque representava a aprovação ou a desaprovação de alguma conduta. Em que pese sua opinião, não podemos deixar de reconhecer que os valores decorrentes da cultura de um povo estão presentes ao se elaborar uma norma e que a escolha de criar uma norma permissiva ou proibitiva decorre da valoração do legislador, que reflete o valor cultural da coletividade na qual ele está inserido.⁵⁵

Não podemos mais desconhecer que o mundo só pode ser conhecido e entendido através de signos linguísticos: os textos.⁵⁶ O direito positivo, como toda a realidade, se manifesta em linguagem. Linguagem, por sua vez, deve ser entendida como uma articulação entre a língua (conjunto de signos consensualmente adotado em determinada sociedade) e a fala (manifestação da língua pelos seus utentes). Relevante, portanto, distinguir a linguagem em dois planos: o plano físico, no qual os signos estão ancorados; e o plano psicológico, no qual os signos ganham significação na mente daquele que contata o signo no plano físico.

Nesse passo, é preciso esclarecer que todo texto está inserido num plano cultural; ou seja, dentro de um conjunto de outros textos com os quais se relaciona para adquirir significado. Esse conjunto é o seu contexto. Como todo texto mantém obrigatoriamente relações com outros textos, chamamos essa relação entre dois textos de dialogismo. E uma relação dialógica é considerada uma intertextualidade.

Essa explicação é necessária para entendermos, na criação da norma jurídica, a criação do texto dentro do seu contexto e por esse condicionado. É, também, o campo

⁵⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Saraiva, 1998, p.12.

⁵⁵ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

⁵⁶ VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e sistema de direito positivo**. 3.ed. São Paulo: Noeses, 2005.

de atuação da teoria dos valores, conforme veremos adiante, e que condiciona inapelavelmente a atuação do ser humano na criação da norma jurídica, no estabelecimento das relações jurídicas e na resolução dos conflitos.

Duas visões são possíveis: uma interna, preocupada com as formas pelas quais os textos são criados; e uma externa, envolvendo o contexto cultural (histórico e filosófico) adotado na criação. Pelos princípios da lógica, podemos dizer que a visão interna é a análise sintática do texto, e a visão externa é a análise semântica e pragmática do texto.

Entendemos ser impossível, mesmo em sentido de direito positivo, excluir da análise do fenômeno jurídico, a visão externa, na qual consideramos os fatores culturais na criação da norma, porque afetam diretamente a condição de eficácia da norma jurídica. Se uma norma for criada, mesmo por um órgão competente, sem considerar o fator cultural do povo, mesmo que essa norma seja corretamente inserida no sistema (validade), é alta a possibilidade de nunca ser obedecida ou aplicada pelos destinatários: ‘é preciso que o sistema do direito positivo seja coerente com o modelo de direito preconizado pela sociedade. Caso contrário, o ordenamento jurídico perde efetividade e passa a ser rejeitado globalmente por aqueles cuja conduta pretendeu regular.’⁵⁷

Nesse contexto observa Paulo de Barros Carvalho:

E o corolário de admitirmos esses pressupostos é de suma gravidade, porquanto, se ocorrerem alterações na circunstância social, descritas no antecedente da regra jurídica como ensejadoras de efeito de direito, mas que por qualquer razão não vierem a encontrar a forma própria da linguagem, não serão considerados fatos jurídicos e, por conseguinte, não propagarão direitos e deveres correlatos.⁵⁸

A expressão norma jurídica designa realidades diferentes, conforme explica Riccardo Guastini:

Uma vez aclarada, a grandes rasgos, la noción del discurso prescriptivo, se puede decir de forma muy general que el término ‘norma’ es habitualmente usado para hacer referencia a enunciados del discurso prescriptivo. Sin embargo, no puede decirse que a noción de norma sea pacífica. Em primer lugar, es dudoso si el término ‘norma’ debe ser usado únicamente para hacer referencia a prescripciones generales y/o abstratas o, em cambio, también em referencia a preceptos singulares y concretos. Em segundo lugar, es dudoso si el término ‘norma’ debe ser usado sólo para hacer referencia a prescripciones em sentido estricto (es decir, mandatos) o puede ser extendido a todo enunciado del discurso ‘legislativo’. Em tercer lugar, es dudoso si el término

⁵⁷ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.40; GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros, 2014.

⁵⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. Fundamentos jurídicos da incidência. São Paulo: Saraiva, 2013, p.35.

‘norma’ debe ser usado para haver referencia a enunciados o, em cambio, a significados de enunciados.⁵⁹

O aplicador da norma jurídica, quando verifica a ocorrência fática da hipótese, cria uma relação deontica entre dois sujeitos a qual chamamos de norma jurídica. A primeira de norma jurídica geral e abstrata e a segunda de norma jurídica individual e concreta.

A expressão norma jurídica designa tanto a regra deontica como as regras de organização e de competência. Essa ambiguidade da expressão norma jurídica também ocorre em outro plano: a mesma expressão é utilizada para significar o texto criado pelo legislador (suporte físico) e também pode significar enunciado prescritivo (conteúdo), conforme denunciou Guastini. O legislador produz o enunciado textual da hipótese normativa, a que chamamos norma jurídica. O intérprete extrai o significado da norma, ao que também chamamos de norma jurídica.⁶⁰

Sob outro ângulo, lembramos as lições de Gregório Robles Mochón ao identificar regras ônticas (normas de organização), regras deonticas (normas prescritivas) e regras técnicas (normas de funcionamento).⁶¹

Deixando de lado a ambiguidade da expressão norma jurídica, utilizaremos a mesma expressão linguística para distinguir essas realidades tão diferentes, mas chamadas pelo mesmo nome. O sentido da expressão se dará, então, pelo contexto no qual está inserida. Tal como a expressão ‘manga’ que designa duas realidades diferentes, mas não cria nenhuma confusão na sua utilização, porque cada uma delas se dará num contexto diverso.

A primeira visão diz respeito à atividade do legislador, à criação da norma jurídica, que faz um recorte na realidade para construir uma realidade jurídica completamente diferente da realidade fática. O direito constrói suas próprias realidades. Segundo Aurora Tomazini de Carvalho, ‘o direito cria suas próprias realidades, independentemente da realidade social, embora seja, a ela, sempre referente’.⁶²

Importante ressaltar que o direito (a norma jurídica) traduz para a linguagem jurídica eventos ocorridos no mundo real e lhes dá nova roupagem. Uma coisa é o

⁵⁹ GUASTINI, Riccardo. **Distinguendo**. Estudos de teoria e metateoria del derecho. Barcelona: Gedisa, 1999, p.94.

⁶⁰ Esta significação do termo ‘norma jurídica’ é, ainda, tida como sinônimo de ‘lei’, que é outro termo com alta ambiguidade.

⁶¹ MOCHÓN, Gregório Robles. **As regras do direito e as regras dos jogos** – ensaio sobre a teoria analítica do direito. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.

⁶² CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2014, p.554.

evento, outra, o fato jurídico que a descreve em linguagem própria. A ciência do direito não trabalha com a realidade fática, e nem dela toma conhecimento, mas estuda os fatos criados pela ordem jurídica, espelhando, pela sua ótica particular, os eventos do mundo real.

Embora parte ponderável da doutrina só admita a existência de normas jurídicas como proposições prescritivas – do ponto de vista linguístico composta de duas proposições interligadas: o antecedente (hipótese) e o conseqüente (prescrição deôntica) – e na visão jusnaturalista como prescrição de conduta (onde estão contidos os funtores deônticos: proibição, permissão e obrigação), devemos considerar a existência de outros tipos de normas jurídicas, as normas de estrutura ou programáticas, também chamadas por Miguel Reale de normas de organização.⁶³ Elas conferem estabilidade ao sistema jurídico, delimitam o campo de atuação das normas de conduta e estabelecem os requisitos necessários e indispensáveis para o jogo se desenvolver. Por exemplo, no jogo de xadrez, são as regras que dizem quantas casas pretas e brancas devem conter o tabuleiro, a disposição exata dessas casas, como são as peças empregadas para jogar e a função de cada uma no jogo. No jogo de futebol, basquete ou vôlei, são as regras que dizem a dimensão do campo, a disposição das linhas demarcatórias, o tamanho e o peso das bolas, o número de jogadores e o uso de uniforme.

No campo jurídico encontramos, dentre outras, as normas estabelecidas pelo artigo 1º da Constituição Federal de 1988, que definem o Estado brasileiro.⁶⁴

Dentro do conceito de normas programáticas, além dessas, temos os princípios jurídicos, ou sobrenormas, cuja função não é estabelecer uma determinada conduta ao destinatário. Eles são dirigidos expressamente ao legislador ou ao intérprete para orientar a atividade legislativa ou interpretativa em pesquisa na busca de um sentido que melhor se adapte ao contexto.

Diversamente do pensamento dos antigos doutrinadores, princípios jurídicos são normas jurídicas iguais às demais do sistema, às quais emprestamos significativo valor, e que por isso mesmo condicionam a exegese das demais regras, e às vezes de todo um

⁶³ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2009. (cap. IX e cap. XI).

⁶⁴ Artigo 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: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Artigo 2º – São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

sistema jurídico, como acontece, por exemplo, com o princípio da propriedade privada que permeia toda uma Constituição de modelo capitalista.

É por isso que falamos de princípios implícitos, enunciados a partir de valores extraídos de normas positivadas, como por exemplo, o princípio da inerência de risco da atividade empresarial – extraído das regras comerciais de proteção à iniciativa privada –, da livre concorrência, da proteção ao lucro, e principalmente nas regras de proteção à atividade empresarial, como por exemplo, a lei de recuperações de empresas.

Para justificar esse novo entendimento sobre os princípios jurídicos, basta lembrar que até pouco tempo muitos homicidas foram absolvidos do assassinato de sua mulher e de seu amante com base no princípio da defesa da honra; em razão da mudança dos valores da sociedade desde muito este entendimento não é mais aplicável. A mudança dos valores culturais da sociedade é um fenômeno normal da vida e provoca, de tempos em tempos, o abandono de alguns e a adoção de outros princípios. Não se trata da corrosão de sua estrutura mestra preconizada por Celso Antônio Bandeira de Mello, quando ocorre a simples alteração nos valores de uma sociedade, e por consequência, nasce uma nova visão das mesmas regras, tidas anteriormente por princípios.

Na redação do artigo 1º da Constituição Federal de 1988 encontramos alguns desses princípios: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, livre iniciativa, pluralismo político, que nada mais são do que valores atuais da sociedade responsáveis por escrever seu ordenamento jurídico sob a influência da cultura vigente.

No estudo dos princípios de um determinado sistema jurídico podemos distinguir: a) princípios explícitos e implícitos, enunciados ou dedutíveis de outros princípios (ex: princípio da inerência do risco na atividade empresarial) b) princípios constitucionais e legais, quer estejam inscritos na Constituição ou emanados de fontes inferiores; b) princípios gerais e específicos, quer sejam aplicáveis a todo o sistema jurídico, quer sejam aplicáveis à apenas um instituto (ex: o princípio da legítima defesa no direito penal). Existem, ainda, princípios que pela sua amplitude e influência em grande porção do ordenamento jurídico são denominados de postulados⁶⁵ ou imperativos (no dizer de Fábio Ulhoa Coelho).

Portanto, necessariamente, o ordenamento jurídico é composto de regras de comportamento, de competência, deonticas e estruturais. Sem a existência das regras

⁶⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.87.

estruturais (normas de organização) seria impossível dar eficácia às normas deontológicas. Qual é o órgão competente para criar normas jurídicas? Qual é o órgão competente para aplicar a norma jurídica? Qual é o limite territorial da incidência das normas jurídicas a um determinado Estado? Essas respostas só podem ser dadas se admitirmos, tal qual na regra dos jogos, regras necessárias para delimitar e organizar o mundo jurídico e o seu ordenamento.

Para que o jogo jurídico possa ser jogado sem surpresas, é imperioso introduzir no sistema jurídico (conjunto de normas) algumas regras que evitem ou impeçam a continuidade *ad aeternum* do conflito, o que seria possível se o julgador pudesse deixar de resolver a questão alegando falta de norma jurídica a respeito daquele assunto ou dissesse ser incompetente para resolver um conflito entre duas regras com determinações opostas.

O sistema não pode ter lacunas nem conter conflitos de normas, sob pena de resultar, em alguns casos, inaplicável. Por isso, o sistema deve conter normas de solução de antinomias e colmatação de lacunas, visto ser impossível do ponto de vista lógico reconhecer a existência de um sistema completo e fechado, o que implicaria na obsolescência de toda atividade legislativa. Pela impossibilidade de prevermos todas as condutas possíveis futuras do ser humano, devemos criar um mecanismo que impeça o juiz de deixar de julgar alegando falta de regra a respeito. É a dicção do artigo 140 do Código de Processo Civil e do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, respectivamente transcritos abaixo:

Artigo 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico (Lei nº. 13.105/2015).

Artigo 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (Decreto Lei nº. 4.657/1942, com a redação dada pela Lei nº. 12.376/2010 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Estabelecidas essas premissas, distinguiremos as três fases do fenômeno jurídico, que são completamente diferentes em suas premissas, funções e consequências, mas necessariamente complementares para formar um ordenamento jurídico funcional.

a) A primeira fase: a criação das normas

A primeira fase é a da elaboração das regras de direito. Desde a constituição do Estado, na elaboração do documento denominado ‘Constituição’ que define as regras estruturais do sistema político, financeiro e jurídico da sociedade, até a promulgação do

ato do mais ínfimo agente público, em suas ‘portarias’, ‘ordens de serviço’, ‘circulares’, etc., passando pelas leis federais, estaduais e municipais

Nessa primeira fase, devemos resolver um problema intrínseco à criação de regras, porque, num Estado composto de várias instâncias legislativas (União, Estados e Municípios), além de um sem número de agentes públicos e privados, com competência para elaborar regras de conduta, não é possível imaginar que todas as regras inseridas no sistema estivessem em perfeita comunhão. Por isso, devemos introduzir no ordenamento jurídico regras para solucionar antinomias, como, por exemplo, o artigo 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB):

Artigo 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

A doutrina, de modo geral, reconhece a existência de três critérios para solucionar antinomias: a) o critério hierárquico pelo qual a lei superior revoga a inferior, aplicável nos Estados com poderes legislativos hierarquizados e que têm competência concorrente sobre as mesmas matérias (*lex superiori derogat legi inferiori*); b) o critério da anterioridade, expresso no artigo 2º da LINDB (*lex posterior derogat legi priori*); c) o critério da especialidade, também expresso no artigo citado (*lex specialis derogat legi generali*).

O conceito de antinomia jurídica real é a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado. Assim para a configuração de uma antinomia como real é necessário o preenchimento das seguintes condições: a) ambas as normas sejam jurídicas, ou seja, é incontestável legislações de gêneros distintos; b) ambas sejam vigentes e pertencentes a um mesmo ordenamento jurídico; c) ambas devem emanar de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, prescrevendo ordens ao mesmo sujeito; d) ambas devem ter operadores opostos (um permite e outro obriga) e os seus conteúdos (atos e omissões) devem ser a negação interna um do outro; e) o sujeito, a quem se dirigem as normas conflitantes, deve ficar numa posição insustentável.⁶⁶

O papel dos princípios no início do século XX era de instrumento de colmatação de lacunas, como vimos no artigo 4º da LINDB, existente também, na maioria dos

⁶⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao direito. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.212.

sistemas legislativos codificados do mundo. Mas hoje, eles exercem também papel relevante na criação e na interpretação de normas jurídicas. Interpretação doutrinária e, principalmente, interpretação judicial, como elemento de otimização, conforme observa Alexy.

Muito embora já tivéssemos reconhecido que as expressões são sinônimas, podemos acrescentar mais um elemento na discussão sobre o significado das expressões ordenamento jurídico e sistema jurídico. A cada instante são introduzidas normas jurídicas gerais e abstratas no ordenamento jurídico, criadas pelos legisladores das diferentes esferas legislativas (municipal, estadual e federal), pelo poder executivo (decretos, medidas provisórias) pelos agentes administrativos (portaria, comunicado, instrução de serviço) e normas individuais e concretas pela ação dos julgadores previstos pela ordem jurídica e pelos particulares nas suas relações contratuais. A esse enorme conjunto de normas jurídicas, em constante transformação, utilizaremos, para identificá-lo, a expressão ordenamento jurídico. E, para identificar o objeto do estudo dos juristas, e de quem mais por ele se interessar, a expressão sistema jurídico, que nada mais é do que um recorte lógico do ordenamento, tal qual um instante fotográfico do ordenamento num determinado instante, conforme observa Aurora Tomazini de Carvalho:

O direito vive em constante movimentação, transformando-se a cada instante. Toda vez que surge uma nova lei, que um juiz produz uma sentença, que um ato administrativo é publicado, que o Presidente da República emite um decreto, que particulares realizam contratos, o sistema se renova. Isto ocorre com uma absurda rapidez e com uma amplitude que é impossível de se acompanhar, basta observarmos quantos enunciados são diariamente publicados nos Diários Oficiais dos Municípios, Estados e da União, para percebermos o quanto o direito é mutável. A cada minuto, para não dizermos segundos, temos um novo sistema.⁶⁷

E completa: ‘a compreensão dessa ordem autoriza-nos a analisar a ordem posta sob dois enfoques: (i) um estático e (ii) outro dinâmico, que segundo Carnelutti, são modos de ser do observador e da observação da realidade’.⁶⁸

Quem tem competência para editar as regras de conduta? Num Estado já constituído, a resposta é fácil, mas é necessário indagar, preliminarmente, onde está o ponto inicial do fundamento de validade de um sistema jurídico. Muito já se escreveu sobre o assunto, sem que houvesse uma concordância com os resultados das pesquisas.

⁶⁷ CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de teoria geral do direito. São Paulo: Noeses, 2014, p.468.

⁶⁸ CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de teoria geral do direito. São Paulo: Noeses, 2014, p.469.

Lourival Vilanova traz excelente estudo sobre essa matéria no qual afirma ser este um ‘problema insolúvel empiricamente’, pois ‘não é possível do ponto de vista dogmático-normativo, próprio do conhecimento da ciência do direito, demarcar o limite histórico em que a comunidade nacional provê-se de órgãos, converte-se em Estado.’⁶⁹ Embora saborosa, essa discussão não cabe nos estreitos limites deste estudo, razão pela qual, muito embora passível de críticas, adotaremos a visão kelseniana da norma fundamental pressuposta como geradora das competências legislativas do ordenamento jurídico.

No caso específico do Brasil, temos, por força das disposições dos artigos 20 (da União), 25 (dos Estados Federados) e 29 (dos Municípios) a distribuição de competências para os entes federados, com a explicitação das competências legislativas na regra geral do artigo 59, observadas as restrições impostas pelas demais regras constitucionais espalhadas pelo texto:

Artigo 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I – emendas à Constituição;

II – leis complementares;

III – leis ordinárias;

IV – leis delegadas;

V – medidas provisórias;

VI – decretos legislativos;

VII – resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Temos, então: a) o legislador federal, representado pelo Congresso Nacional (Câmara e Senado); b) o legislador estadual, representado pela Câmara de Deputados Estaduais; e c) o legislador municipal, representado pela Câmara de Vereadores Municipais.

Além desses – cujas competências estão cristalizadas na Constituição Federal de modo que não haja superposição de competências – temos, ainda, a possibilidade de o Poder Executivo editar Medidas Provisórias, como ato unipessoal do presidente da República, com força imediata de lei, sem a participação do Poder Legislativo, que somente será chamado a discuti-la e aprová-la em momento posterior. O pressuposto da Medida Provisória, de acordo com o artigo 62 da Constituição Federal é urgência e relevância, cumulativamente:

Artigo 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

⁶⁹ VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no direito. São Paulo: Noeses, 2015, p.203.

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.

Além dos órgãos criados pela Constituição Federal e suas respectivas competências constitucionais, há os exercentes de funções administrativas, que também recebem competências legislativas, em seus específicos campos de atuação. O Exército, a Polícia, o Ministério Público, os diferentes Tribunais, todos com competência constitucional para elaborar normas e introduzi-las no sistema jurídico visando organizar suas precípuas finalidades.

Leis infraconstitucionais, editadas sob a competência constitucional, por sua vez, estabelecem normas de organização e normas de conduta, que são introduzidas no sistema jurídico do Estado em observação. Seria um trabalho insano tentar enumerar todos os legisladores criados pela Constituição Federal e pelas diversas espécies de leis ali previstas e editadas num determinado espaço de tempo, razão pela qual podemos nos referir a estes como editores de normas gerais e abstratas ou mesmo de normas gerais e concretas, para diferenciar essa atividade legislativa da atividade exercida pelos responsáveis por aplicar a norma jurídica: os juízes, mediadores, conciliadores, árbitros e autoridades administrativas na imposição de penas e tributos. Estes, pelo mesmo critério de distinção, são os que elaboram normas individuais e concretas e criam as relações jurídicas.

Nesse prisma, temos, então, as pessoas ou órgãos responsáveis pela produção de normas jurídicas no sentido amplo; e, as pessoas ou órgãos responsáveis pela produção de normas jurídicas no sentido estrito.

De acordo com as premissas adotadas neste estudo, devemos, entretanto, considerar agora somente os produtores de normas gerais e abstratas, ou regras de organização, reservando, para o final deste estudo, os aplicadores do direito; ou seja: aqueles incumbidos pela ordem jurídica (competência) para estabelecer as relações jurídicas previstas nos consequentes das normas.

Como vimos, a regra deontica é a versão jurídica de eventos sociais desejados pelo legislador. O direito cria suas próprias realidades, mas o faz com base no contexto social, cultural e histórico. Os eventos ocorrem no mundo social pelas ações humanas, na busca de satisfação de seus interesses. De fato, o homem age conforme suas

circunstâncias, como observa Ortega y Gasset: ‘O homem é o homem e a sua circunstância’.⁷⁰

Para ele, não é possível considerar o ser humano como sujeito ativo sem considerar simultaneamente tudo o que o circunda, a começar pelo próprio corpo até chegar ao contexto histórico em que está inserido. A criação da regra deontica é feita pelo homem e traduz sua vivência e seus valores. Ela é a cristalização de seus anseios e escolhas, enquanto representante da sociedade em que vive e tem a obrigação de traduzir os anseios do corpo social em que habita. Para realizar sua tarefa, como veiculador dos desejos de paz e desenvolvimento social, obrigatoriamente deve considerar os elementos culturais (valores éticos, morais e religiosos), elementos históricos (dinamismo social) e elementos jurídicos (princípios que dão consistência ao ordenamento).

Não podemos nos esquecer, contudo, de que a criação das regras deonticas, e mesmo das regras estruturais de organização do sistema jurídico, deve ser feita através da linguagem própria do direito, que mesmo tendo por referência o mundo social onde será inserida, cria as suas próprias realidades, que muito embora seja um reflexo do mundo social, com ele não se identifica. Por isso, do ponto de vista da criação das regras jurídicas, o direito pode ser estudado sob diversos ângulos (social, histórico, cultural), mas, após a edição dessas regras, devemos considerá-las somente sob o ângulo de sua constituição interna, porque a partir daí o mundo exterior não faz mais sentido algum para o jurista. Suas preocupações hermenêuticas não podem conduzi-lo para as influências do mundo externo ao jurídico, muito embora sejam influenciadas pelos valores de cada um. Independentemente do querer individual, todos somos frutos do nosso ambiente, do qual colhemos, até inconscientemente, nossos valores. Para os homens, seus valores são como lentes pelas quais eles enxergam a realidade e a compreende.

O legislador sofre todas essas influências e as considera em sua tarefa de produzir regras de direito. Ao intérprete dessas regras cumpre apenas visualizar o mundo jurídico em suas interligações internas, sem se preocupar com o porquê da existência daquela regra. Em outras palavras, não é possível verificar a verdade ou a falsidade de uma proposição jurídica, mas apenas sua dimensão linguística, sintática,

⁷⁰ GASSET Y ORTEGA, José. *Meditações do Quixote*. Rio: Libro Ibero-Americano, 1967, p.52.

semântica ou pragmática dentro do mesmo discurso; ou seja, suas condições de validade.

Paulo de Barros Carvalho afirma que ‘fato jurídico é a parte do suporte fático, que o legislador, mediante a expedição de juízos valorativos, recortou do universo social para introduzir no mundo jurídico’⁷¹ e cita Pontes de Miranda, ao observar que o suporte factual, que está no mundo

[...] não entra, sempre, todo ele. As mais das vezes, despe-se de aparências, de circunstâncias, de que o direito abstraíu; e, outras vezes se veste de aparências, de formalismos, ou se reveste de certas circunstâncias, fisicamente estranhas a ele, para poder entrar no mundo jurídico. A própria morte não é fato que entre nu, em sua rudez, em sua definitividade no mundo jurídico.⁷²

O papel dos princípios, nesta primeira fase, é o da formatação do ordenamento jurídico através da orientação da atividade do legislador em dois sentidos: a observância rigorosa dos anseios da cultura do povo, e, a perfeita adequação da nova regra ao ordenamento existente. Atuam nessa atividade, tanto os princípios expressos como os implícitos. Os primeiros previamente existentes no ordenamento; e os segundos derivados da experiência, da cultura ou mesmo de outros princípios expressos.

b) A segunda fase: a interpretação das normas

Na segunda fase do estudo do direito, como técnica de solução de conflitos sociais, passamos do antecedente ao consequente da proposição imputativa. Vimos que a regra deontica se compõe de dois elementos intrinsecamente relacionados: a hipótese normativa, fruto da transformação do evento social em fato jurídico pelo legislador; e o consequente, a conduta desejada pelo sistema, numa relação de ‘dever-ser’. Dado o fato ‘F’, deve ser a consequência ‘C’ é a fórmula lógica de todas as regras deonticas.

Esta premissa não depende da primeira fase do estudo do direito (criação das regras jurídicas), mas decorre dela. Não poderíamos falar de hipóteses normativas e atribuição de ‘dever-ser’ como consequente, se não admitíssemos como jurídica a fase de sua criação. Seria um ‘não senso’ falar da criatura sem admitir seu criador.

A ‘norma jurídica’ não nasceu do nada, razão pela qual a atividade do legislador deve ser considerada no estudo do direito, quanto menos para verificar sua validade e adequação ao sistema referencial onde foi inserida. Ao contrário, ninguém discute a importância do estudo da ‘norma jurídica no domínio da lógica dos predicados

⁷¹ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. 6.ed. São Paulo: Noeses, 2015, p.132.

⁷² CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. 6.ed. São Paulo: Noeses, 2015, p.133.

poliádicos ou, o que é a mesma coisa, no âmbito da teoria das relações'.⁷³ Ou seja, a 'norma jurídica' deve ser entendida, obrigatoriamente, como uma relação de imputabilidade ou de causalidade jurídica.

A norma jurídica, entendida como proposição deôntica, em verdade, contém dois elementos (fatos): o fato-causa (hipótese normativa, fato jurídico) e o fato-efeito, a relação jurídica. O fato jurídico (hipótese normativa) é um enunciado descritivo, que contém o produto da transformação de um evento ocorrido no passado, ao qual quis o legislador atribuir uma consequência. A relação jurídica, por sua vez, é o fato jurídico relacional que se projeta para o futuro, afirmando que a partir do termo nele fixado, uma determinada conduta será imposta a alguém a favor de outro alguém. O primeiro tem uma função declarativa e o segundo, uma função constitutiva.

Do ponto de vista lógico, devemos distinguir rigorosamente fato jurídico de hipótese normativa, porque esta é a descrição de um evento social, travestido de juridicidade, ao qual o legislador quis atribuir uma consequência quando ocorrido; e fato jurídico é o resultado da subsunção lógica da previsão contida na hipótese ao fato ocorrido.

Importante observar que, ao contrário do que pensavam Pontes de Miranda e Miguel Reale, ao trabalharem com a tese da incidência automática (norma se projeta sobre os acontecimentos sociais tornando-os fatos jurídicos), há entre o plano do dever-ser e o plano do ser a necessária interferência de alguém. Essa é a crítica de Aurora Tomazini de Carvalho, ao ilustrar a divergência com o exemplo do motorista que ultrapassa um sinal de trânsito em vermelho, mas não foi multado apesar da existência de regra nesse sentido, porque faltou a autoridade de trânsito para verificar a ocorrência do evento e fazer a necessária subsunção à hipótese normativa.⁷⁴

Além da subsunção, processo hermenêutico de verificação da correspondência exata entre a hipótese normativa e o evento, há que se considerar, também, o comando desejado pelo legislador nessa hipótese: a concretização do 'dever-ser', num processo de implicação jurídica.

Esse processo de implicação faz nascer a relação jurídica, enlaçando duas ou mais pessoas, atribuindo a algumas delas uma obrigação e a outras o poder de exigir seu cumprimento. Chamamos estes de sujeito ativo e os primeiros, de sujeito passivo.

⁷³ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. 6.ed. São Paulo: Noeses, 2015, p.124.

⁷⁴ CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de teoria geral do direito. São Paulo: Noeses, 2014, p.322.

A importância do conceito de relação jurídica é vital para o estudo do direito, como único instrumento capaz de fazer nascer direitos e deveres para organizar a vida social. A relação jurídica faz a acomodação social implantando valores na sociedade.

Relação, no sentido amplo, é um vínculo estabelecido entre as pessoas. Tudo no mundo são relações, razão pela qual nada escapa da relação jurídica. Ninguém é pai, é filho, é sobrinho, é vizinho, é brasileiro, sem que uma norma jurídica crie a relação entre o indivíduo e o predicado. O homem, mesmo antes do seu nascimento, está vinculado às relações. Nesse sentido costuma-se distinguir, erroneamente, as relações sociais das relações jurídicas. A relação só pode ser social, pessoal ou familiar, se antes o direito assim a considerar.

O estudo das relações pertence ao estudo da lógica, na parte denominada de teoria dos predicados poliádicos ou teoria das relações, cujo desenvolvimento não cabe nos estreitos limites deste estudo.

Na relação jurídica, como conseqüente da regra deôntica, encontramos duas ou mais pessoas vinculadas entre si por uma implicação de direitos e deveres correlatos. Quando ocorre no mundo fático o fato 'F', hipotético previsto no antecedente da norma de conduta, e alguém realiza a subsunção ali prevista, nasce para alguém o direito de exigir de outrem o cumprimento de uma obrigação, que chamamos genericamente de dever jurídico. O primeiro é denominado de sujeito ativo e o segundo de sujeito passivo. Ao sujeito ativo é conferido o poder de exigir do sujeito passivo uma determinada conduta. Essa conduta é o objeto da relação jurídica. É a prestação exigida pela ordem jurídica; ou seja, a conduta a ser praticada, para o restabelecimento da ordem jurídica violada. É importante observar que o sujeito ativo e o sujeito passivo podem ser um ou vários indivíduos, mas é indispensável que sejam pessoas diferentes, uma vez que a relação jurídica é irreflexiva.

Conforme explica Aurora Tomazini de Carvalho, 'ninguém tem direitos e deveres jurídicos em relação a ele próprio, mas sim em relação a terceiro'.⁷⁵

O poder jurídico conferido ao sujeito ativo é, por vezes, denominado de direito subjetivo, porque, em princípio, compete a ele, e somente a ele, exigir do sujeito passivo o cumprimento da prestação. Se ele não tomar a iniciativa de cobrar a conduta prevista na norma do sujeito passivo, a relação jurídica se extingue por decurso de

⁷⁵ CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de teoria geral do direito. São Paulo: Noeses, 2014, p. 437, nota de rodapé nº.490.

tempo, pela inércia do credor. É o que o direito chama de prescrição (perda do direito de ação) e decadência (extinção definitiva da pretensão): ‘Artigo 189 do Código Civil. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os artigos 205 e 206’.

É importante, aqui, fazer referência ao Enunciado 14 das Jornadas de Direito Civil, que esclarece que ‘(i) o início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo; (ii) o artigo 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer.’

Temos, então, numa relação jurídica, o sujeito ativo detentor do direito subjetivo de exigir do sujeito passivo o cumprimento de uma obrigação. Temos o sujeito passivo, que tem o dever jurídico (dever subjetivo) de cumprir com o preceito da norma. Temos a obrigação, como objeto da relação jurídica, também denominada de prestação.

A obrigação (prestação) é colocada, em termos linguísticos, num verbo e um complemento: pagar R\$ 500,00, proibido jogar lixo, permitido entrar à direita, etc. Alguns autores (Maria Helena Diniz e Caio Mario da Silva Pereira) trabalham com a diferença entre objeto imediato e objeto mediato da relação jurídica; o primeiro é o verbo e o segundo o complemento. Outros (Aurora Tomazini de Carvalho) entendem que o objeto da relação é apenas um, composto pela conjugação de verbo mais o complemento, destacando a prestação como o verbo e o objeto prestacional como seu complemento.

Ainda quanto à prestação, importante advertir que deve ser: (i) lícita e (ii) não impossível, como condições essenciais à sua eficácia. De fato, a obrigação não pode ser um objeto ilícito e nem impossível, porque estas condutas não gozam das condições necessárias de referência ao sistema no qual pretendem se alojar. A impossibilidade pode ser material (ir à lua) ou jurídica (matar alguém). A primeira diz respeito à impossibilidade física do ato ser praticado; e a segunda, é a impossibilidade de contradição com as demais regras do sistema.

A ciência do direito ainda trabalha com os diversos tipos de prestações, separando-as de acordo com critérios de classificação (inclusão em classes) que fogem ao nosso objetivo, mas é importante reconhecê-las: a) do ponto de vista lógico-semântico, temos as características fundamentais de: (i) reflexibilidade, (ii) simetria e (iii) transitividade, com as quais se concluem que as prestações são necessariamente

assimétricas (se um é comprador, o outro é vendedor; se um é credor, o outro é devedor, e assim por diante), e irreflexivas (porque são relações bilaterais).

Quanto à transitividade, existem relações transitivas e relações intransitivas, como nos ensina Paulo de Barros Carvalho, com o exemplo do processo de falência⁷⁶, que torna transitiva uma relação creditícia originalmente intransitiva. Explicando melhor, x é credor de y (obrigação intransitiva), mas por causa da decretação de falência, x se torna credor de z, porque é credor de y e este é credor de z (obrigação transitiva); b) pelo critério de avaliação econômica, podemos reconhecer: (i) as prestações patrimoniais (cujo objeto pode ser substituído por dinheiro) e (ii) prestações não patrimoniais, cujo objeto não pode ser substituído (cumprir pena, fazer declaração, etc.); c) pelo critério da natureza obrigacional, temos as obrigações: (i) de dar e (ii) as obrigações de fazer. A primeira supõe a entrega de alguma coisa e a segunda a prática de uma ação de confecção de alguma coisa. Pelo mesmo critério, podemos, ainda, identificar as prestações jurídicas de ação e as prestações de omissão. As primeiras seriam as de dar e de fazer e as segundas de não dar e não fazer; d) podemos ainda, distinguir as prestações: (i) principais e (ii) prestações acessórias, como, por exemplo, a falta de pagamento do aluguel na data contratual acarretando a aplicação de multa por atraso. O pagamento do aluguel é a obrigação principal e o pagamento da multa é uma obrigação acessória.

As relações jurídicas são necessariamente irreflexivas e assimétricas, apresentando-se ou não como transitivas ou intransitivas. Irreflexivas porque há a necessidade sintático-semântica, reivindicada pelo próprio sistema, de o vínculo jurídico se instaurar entre sujeitos diferentes. Assimétricas porque os vetores que unem o sujeito ativo e o sujeito passivo em torno de uma prestação, apesar de terem a mesma intensidade e direção, apontam em sentido contrário. E transitivas ou intransitivas de acordo com os interesses políticos inerentes às prescrições normativas.⁷⁷

Para a análise dos casos de extinção das relações jurídicas, devemos distinguir entre relações jurídicas pessoais e relações jurídicas patrimoniais. Por relações jurídicas pessoais entendemos aquelas em que o sujeito passivo tem a obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa para o sujeito ativo. E, por relações jurídicas patrimoniais, aquelas nas quais o sujeito passivo tem a obrigação de dar alguma coisa para o sujeito ativo.

⁷⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. 6.ed. São Paulo: Noeses, 2015, Introdução.

⁷⁷ CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de teoria geral do direito. São Paulo: Noeses, 2014, p.605.

Sob o ponto de vista dos modos de extinção das relações jurídicas, ou seja, do cumprimento da obrigação pelo sujeito passivo, podemos discernir entre extinção legal e extinção judicial (não significa que a extinção judicial não seja legal, mas apenas para identificar duas formas diferentes de extinção, usaremos com ressalvas essa terminologia).

A extinção legal ocorre conforme os artigos 286 a 388 do Código Civil, reproduzidas com adaptações pelo artigo 156 do Código Tributário Nacional: transação (cessão de crédito e assunção de dívida), pagamento, novação, compensação, confusão, remissão e decadência (prescrição).

E a extinção judicial ocorre quando o sujeito passivo resiste ao cumprimento da obrigação e o sujeito ativo se vê obrigado a promover a competente ação judicial de cobrança (reparação de danos, cobrança, execução, pedido de falência, etc.).

No primeiro caso, o sujeito passivo, *sponte propria*, ou alguém por ele, cumpre com a obrigação prevista, extingue a relação jurídica e, por consequência, sua obrigação. Nesse caso não é necessária intervenção do Poder Judiciário. A extinção judicial, por sua vez, representa a intervenção do Poder de Estado, através do devido processo legal, que é a terceira fase do fenômeno jurídico.

Nesta segunda fase do fenômeno jurídico, os princípios atuam fortemente na construção da relação jurídica entre pessoas porque entre o fato real e a hipótese normativa que o contempla, existe uma álea de discricionariedade do agente encarregado da criação do vínculo jurídico. A imputação ou não das consequências jurídicas do fato descrito na norma depende, em grande parte, da atuação de alguém. Como vimos, a imputação não é automática. É necessária a intervenção de alguém, juridicamente competente, para impor a alguém as consequências. Nessa discricionariedade atuam os princípios, da mesma forma denunciada por Dworkin: se existe regra clara, não se cogita da aplicação de princípios, mas se a regra inexistente tem alto grau de dubiedade, os princípios exercem a sua função primeira de colmatação de lacuna. Além disso, exercem papel significativo nos casos de antinomias aparentes como “regras de otimização” (Alexy).

c) A terceira fase: a aplicação das normas aos fatos

A terceira fase se inaugura quando o sujeito passivo resiste ao cumprimento da obrigação, e o sujeito ativo, para receber a prestação que lhe é devida, se socorre do Poder do Estado para coagir o sujeito passivo a cumpri-la.

O Estado cumpre sua missão primordial de garantir a paz social, não só exercendo os poderes de fiscalização das atividades humanas, praticando os necessários meios de organização social e suprindo as necessidades de educação, saúde e segurança das pessoas, mas, como único detentor do poder de impor a ordem através da força. No campo jurídico reconhecemos que esse poder de impor os comportamentos pela força se traduz em dois comportamentos: restringir liberdade e privar do patrimônio. Somente o Estado pode, observadas as condições legais, privar o homem de sua liberdade ou retirar parte do seu patrimônio para satisfazer a obrigação para com o sujeito ativo da relação jurídica.

A intervenção do Estado, como agente garantidor do cumprimento das obrigações criadas pela incidência das normas jurídicas, se faz sob dois regimes jurídicos diferentes: (i) quando se trata de solução de conflitos entre particulares e (ii) quando o Poder Público é o sujeito ativo da relação jurídica.

Num processo judicial para a composição entre particulares, o sujeito ativo pode dispor de seu direito subjetivo, até abdicando dele, por razões íntimas ou sem razão nenhuma. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de conciliação entre as partes, quando o Estado está obrigado a priorizar, conforme a lei, a composição dos interesses através dos mecanismos de mediação e de conciliação.

Por outro lado, o Poder Público não pode, senão em casos especialíssimos, deixar de exercer o seu direito, ou dele abdicar em favor do sujeito passivo. Nesse sentido, não há que se falar em direito subjetivo do Estado, pois ele – o agente público – não tem discricionariedade para ‘perdoar’ o sujeito passivo. As possibilidades de renúncia ao poder de exigir o cumprimento da obrigação devem estar autorizadas em lei, sob pena de nulidade e de responsabilidade do agente público. É o caso de anistia penal e tributária, concessão de prazos, redução de pena, etc. cuja previsão foi feita pelo poder competente.

Não se trata aqui da disposição de direitos pelo Poder Público, como ocorre na esfera privada, mas da incidência de outra norma, reduzindo os efeitos da primeira. O Estado só pode transigir do exercício dos seus direitos se, e quando, for autorizado pelo Poder Legislativo, e na forma fixada em lei.

As técnicas de solução dos conflitos sociais são constante preocupação das autoridades, porque, como vimos, a finalidade própria do direito é a acomodação social por meio da aplicação, através das normas jurídicas, dos valores de uma sociedade.

Entendemos que o Estado existe para possibilitar a paz social e o progresso da sociedade. Nesse sentido, os órgãos competentes estão sempre à procura dos melhores meios para solucionar, com isenção e rapidez, as questões conflitivas na sociedade.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) incentiva o uso dos meios alternativos de solução de conflitos para ‘desafogar’ os tribunais dos milhares de processos em andamento nas diversas instâncias:

A Mediação é uma forma de solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o problema. Em regra, é utilizada em conflitos multidimensionais, ou complexos. A Mediação é um procedimento estruturado, não tem um prazo definido, e pode terminar ou não em acordo, pois as partes têm autonomia para buscar soluções que compatibilizem seus interesses e necessidades.

[...]

A conciliação é um método utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e imparcial. É um processo consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes. As duas técnicas são norteadas por princípios como informalidade, simplicidade, economia processual, celeridade, oralidade e flexibilidade processual. Os mediadores e conciliadores atuam de acordo com princípios fundamentais, estabelecidos na Resolução 125/2010: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.⁷⁸

A arbitragem é uma modalidade extrajudicial de resolução de conflitos pela qual um árbitro, terceiro escolhido pelas partes, decide uma controvérsia, com duas características principais: (i) só resolve direitos patrimoniais disponíveis; (ii) a adoção desse procedimento é facultativa, ou seja, depende de livre escolha das partes, e (iii) a decisão proferida possui o mesmo *status* da decisão judicial.

A mediação e a conciliação são procedimentos realizados por particulares que recebem poderes para realizar os procedimentos do juiz competente para a solução do específico processo judicial; o acordo celebrado, para ter força jurídica, precisa ser homologado por sentença.

A arbitragem, por sua vez, é exercida por particulares autorizados por um órgão competente, e suas decisões têm força de lei entre as partes.

Importante lembrar, a respeito da arbitragem, que as partes envolvidas, quando derrotadas em suas pretensões na Câmara de Arbitragem, sustentavam a plena vigência

⁷⁸ AZEVEDO, André Gomma de. (Org.) BRASIL. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Manual de Mediação Judicial. De acordo com a Lei 13.140/15 (Lei de Mediação), a Lei 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil) e a Emenda 2 da Resolução 125/10. Brasília. 6.ed. 2016.

do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal: ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’, denominado princípio da inafastabilidade da jurisdição. Por meio dele, argumentavam que somente o Poder Judiciário tem jurisdição, portanto, seria o único capaz de dizer o direito com força de coisa julgada. Contudo, o Supremo Tribunal Federal passou a considerar constitucional a Lei nº. 9.307/1996.⁷⁹

Os ordenamentos jurídicos dos Estados soberanos têm em comum as regras construídas através dos séculos pela experiência humana e se consolidaram nas suas respectivas Constituições, fruto de uma cultura sedimentada em valores universais comuns na história de cada povo. Essas regras, em grande parte, são resultados da contenda imemorial entre os exercentes do poder e seus súditos. Desde a Magna Carta de João Sem Terra na Inglaterra (1215), passando pela Declaração de Independência Americana (1776), a Constituição dos Estados Unidos da América (1787), a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) da Revolução Francesa, e a Declaração dos Direitos dos Estados Unidos da América (1791), os valores foram condicionando a criação de regras de funcionamento dos Estados soberanos, que culminou com a criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) das Nações Unidas, que no seu preâmbulo, estabelece:

O desconhecimento e o desprezo dos direitos humanos conduziram a atos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade, e o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem [...]

E, no artigo 1º, finca: ‘Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos’.

Na configuração de cada Estado, entretanto, apesar de serem obrigatoriamente constitucionais e preverem a separação dos poderes do Estado em Executivo, Legislativo e Judiciário, independentes e harmônicos, o desenho de cada um sofre as influências de suas culturas particulares.

Para a finalidade deste estudo, tomaremos por base a construção do Poder Judiciário brasileiro, feita pela Constituição Federal de 1988, e o detalhamento criado

⁷⁹ O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária em 12/12/2001, julgando o Agravo Regimental da homologação de sentença estrangeira nº.5.206, decidiu, por maioria dos votos, pela plena constitucionalidade de todos os dispositivos da Lei de Arbitragem.

pelo Código de Processo Civil de 2015, para visualizarmos a aplicação do direito nesta terceira fase.

Apesar de todo o esforço na obtenção de um Poder Judiciário eficiente, através da criação de mecanismos de solução de conflitos, como a mediação, a conciliação e a arbitragem, todos já referidos, prevalece no direito brasileiro a regra contida no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988: ‘A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’, denominada de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional’.

Se, por um lado, essa disposição realiza o princípio da tutela jurisdicional, por outro, impede a plena eficácia dos instrumentos de mediação e conciliação, e atenua a da arbitragem.

Cabe aqui uma referência especial ao instituto da arbitragem, que adquiriu as características de jurisdicionalidade, de acordo com o artigo 31 da Lei de regência desse instituto (Lei nº. 9.307/1996): ‘Artigo 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo’.

A sentença proferida pelo juízo arbitral tem efeito de jurisdição, no sentido de coisa julgada. Mas, a natureza jurídica da arbitragem é outra. Em verdade, há um verdadeiro contrato entre as partes litigantes, que deve seguir rigorosamente os traços desse instituto, que em nada se assemelha ao instituto da jurisdição, no qual, o juiz, independentemente da vontade das partes, aplica a sanção prevista na norma, coagindo o sujeito passivo a cumprir com sua obrigação.

Existem dois momentos na lei da arbitragem que nos conduzem a essa conclusão: o compromisso e a cláusula compromissória. O compromisso está definido no artigo 9º da lei: ‘O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial’. Por sua vez, a cláusula compromissória, prevista no artigo 4º, rege: ‘A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato’.

Portanto, a arbitragem nada mais é do que uma forma eficaz de se resolver os conflitos através da intervenção de terceiras pessoas com a finalidade de celebrar um acordo contratual entre os litigantes.

Não há função jurisdicional porque o árbitro não tem capacidade para fazer cumprir suas sentenças. Se estas não forem observadas pelas partes, o único recurso é provocar o Poder Judiciário para obter a satisfação do acordado.

CAPÍTULO III

O CONTEÚDO AXIOLÓGICO DOS PRINCÍPIOS

Sabemos que a norma jurídica é expressa em palavras, e as palavras, por sua vez, são ambíguas. No começo deste estudo, dissemos que a palavra direito tem inúmeras significações. Para se entender o que alguém quer dizer quando fala direito, é necessário delimitar o conceito dessa palavra. E, quando conseguimos entender o que se quis dizer, construímos uma realidade em nossa mente.

É fundamental a assertiva feita por Aurora Tomazini de Carvalho ao introduzir o livro *Construtivismo lógico-semântico*:

No direito, por exemplo, as teorias de hermenêutica jurídica tradicionais são todas pautadas no referencial da Filosofia da Consciência e em razão disso, trabalham com a existência de um sentido próprio dos textos positivados a ser revelado pelo intérprete do direito, já a hermenêutica jurídica moderna, pautada no referencial filosófico do giro linguístico, não acredita num sentido próprio a ser extraído pelo intérprete do texto, mas num sentido construído, de acordo com os referenciais e com o contexto que ele vivencia.⁸⁰

Os valores condicionam tanto a criação da norma deôntica, modalizando os comportamentos, como, e principalmente, a aplicação do direito. Isto, porque, a interpretação da norma nada mais é do que uma escolha do intérprete dentre os significados possíveis, conforme seus valores.

Se adotarmos como premissa neste estudo a visão construtivista (giro linguístico), somos condicionados a reconhecer que as normas jurídicas são manifestações linguísticas, necessariamente na forma escrita. Reconhecemos, também, conforme fizemos inicialmente, que a finalidade do direito é a solução de conflitos.

É uma técnica instrumental, criada pelo homem, para regular condutas intersubjetivas. A regulação dessas condutas, com a finalidade de se obter a paz social, se faz com a criação de prescrições de conduta, como funtores deônticos, no sentido de proibir, obrigar ou permitir certas ações desejadas pela sociedade.

Conforme explica Aurora Tomazini de Carvalho:

Isto implica reconhecê-lo (o direito) como produto cultural, e aqui fixamos nosso terceiro corte metodológico: o 'direito' é um instrumento, constituído pelo homem com a finalidade de regular condutas intersubjetivas, canalizando-as em direção a certos valores que a sociedade deseja ver

⁸⁰ CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). *Construtivismo lógico-semântico*. v.1. Preâmbulo. São Paulo: Noeses, 2015.

realizados. Encontra-se, na região ôntica dos objetos culturais e, portanto, impregnados de valores.⁸¹

Assim como qualquer um, os legisladores criam as normas jurídicas de acordo com os valores do contexto impregnados em suas mentes. Ao decidir pela obrigação, proibição ou permissão de determinada conduta, está escolhendo conforme seus valores pessoais, que devem refletir os valores da sociedade na qual vive (contexto). Conforme explica Paulo de Barros Carvalho, ‘ali onde houver direito, haverá, certamente, o elemento axiológico’.⁸²

O juiz, por sua vez, na tarefa de aplicar o direito, trabalha com duas condicionantes complementares: (i) seus valores pessoais, decorrentes de sua formação social, ética, religiosa, política, etc. derivadas do seu contexto, e (ii) a valoração por ele experimentada na leitura do caso posto à sua análise no processo competente e na hermenêutica da legislação aplicável. A primeira depende de sua formação social, e a segunda da sua formação intelectual.

Aurora Tomazini de Carvalho distingue enunciado prescritivo e norma jurídica, esclarecendo, sobremaneira, a distinção entre a tarefa do legislador e a do julgador. O enunciado prescritivo é o resultado da tarefa do legislador na criação da regra deôntica; norma jurídica é o resultado da atividade do julgador, quando, interpretando as coisas do processo e da legislação por ele entendida aplicável, constrói a regra deôntica definitiva, individual e concreta:

A leitura do plano de expressão serve como estímulo para a produção de significações, sendo estas responsáveis pela constituição de diferentes mundos, produzidos em conformidade com os contextos estabelecidos e os referenciais culturais de cada intérprete.⁸³

Há, de outro lado, dois tipos de valores diferentes a influenciar a construção da norma jurídica individual e concreta na análise do processo em pauta: (i) as regras deônticas (enunciados prescritivos) e (ii) os princípios.

Os princípios são valores que influenciam a hermenêutica. Podem ser explícitos, como por exemplo, o da legalidade, expresso no artigo 5º, II, da Constituição Federal de 1988: ‘Ninguém poderá fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’; ou implícitos, como, por exemplo, o princípio da autonomia patrimonial da sociedade empresária, que não se encontra em nenhum texto legal, mas decorre da interpretação

⁸¹ CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de teoria geral do direito. São Paulo: Noeses, 2014, p.75.

⁸² CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. São Paulo: Noeses, 2011, p.27.

⁸³ CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de teoria geral do direito. São Paulo: Noeses, 2014, p.17.

de outras regras. Os valores culturais estão presentes em todos os fenômenos comunicacionais, principalmente a normativa, no qual podem assumir diferentes graus de significado influenciando a interpretação do texto.

O conjunto de regras deônticas, chamado de direito, para alguns com o significado de ordenamento jurídico (o conjunto em atividade) ou de sistema jurídico (a fotografia do conjunto) é esse mundo maravilhoso de significações que enlaça e entrelaça os seres humanos permitindo uma convivência ideal de respeito, tolerância, solidariedade; e, de liberdade, igualdade e fraternidade, tal qual preconizado pela Revolução Francesa.

Se tal ideal se realizasse, provavelmente o Poder Judiciário não tivesse a enormidade de trabalho causado pela litigância desmesurada do ser humano.

Por isso, impõe-se o estudo do direito nesta versão pragmática, destacando suas fases: legislativa, operacional e aplicativa, cada uma com suas próprias exigências e todas elas implicadas na suprema tarefa de administrar o convívio humano.

Nesse sentido, repetimos, o direito é uma técnica de solução de conflitos, que só pode ser entendida e estudada em toda sua complexidade unitária.

Não desmerecemos os estudos parciais sobre as normas jurídicas, sobre as relações jurídicas, sobre institutos jurídicos que precisam de esclarecimentos, como a decadência, a prescrição, a visão global do ordenamento jurídico como um ser pulsante e a análise do seu corte epistemológico, o sistema jurídico, porque todas essas tarefas são meritórias e indispensáveis para a melhor compreensão do direito.

Mas, repetimos, só uma visão globalizada, como a que intentamos, poderá trazer uma visão pragmática dos processos de utilização do poder estatal em sua função primordial de pacificar o convívio humano através da solução de conflitos.

Nesta fase, os princípios atuam de duas maneiras: a) o de colmatação de lacunas, preenchendo o vazio do ordenamento e possibilitando uma decisão que satisfaça os sentimentos de Justiça; b) o de solução de antinomias na orientação da escolha de uma das regras, ante a possibilidade de aplicação de mais de uma delas, com resultados similares ou diferentes.

O sistema normativo atua através de normas de comportamento, que são estudadas como relações de ‘dever-ser’, diferentes do mundo do ‘ser’. Aquilo que ‘é’ não interessa ao direito; as preocupações jurídicas são apenas quanto ao mundo do ‘dever-ser’. O direito, como sinônimo de sistema normativo, é o conjunto de aspirações

da coletividade concretizadas em proposições deônticas como instrumento para se obter a paz social pela solução de conflitos humanos. Assim explica Tercio Sampaio Ferraz Junior, sob a visão linguística do direito:

Normas jurídicas são discursos heterológicos, decisórios, estruturalmente ambíguos, que instauram uma meta-complementariedade entre orador e ouvinte e que, tendo por *quaestio* um conflito decisório, o solucionam na medida em que lhe põe um fim.⁸⁴

Importante observar que muito embora a pacificação social seja o objetivo do direito, a solução dos conflitos humanos só leva a uma paz objetiva, no sentido de pôr fim à litigância, mas não promove a pacificação subjetiva uma vez que as partes litigantes, muito provavelmente, jamais irão se compor ao estado anterior à litigiosidade. Ninguém é capaz de perdoar e esquecer. Perdoamos nossos desafetos, mas não esquecemos jamais a ofensa. O mesmo ocorre no campo jurídico. Os conflitos levados aos tribunais encontram nele soluções de composição de interesses, mas não conseguem introduzir o perdão na relação estremecida. O direito não interfere na psicologia.

Para obter a solução de conflitos, as pessoas habilitadas para tanto observam os comportamentos humanos e através da edição de normas, dão-lhes a orientação desejada. Essa orientação dos comportamentos é construída sobre a cultura de cada povo. Em alguns lugares é permitida, por exemplo, a união de pessoas do mesmo sexo, em outras não. Em alguns é tolerada a poligamia, em outros locais este comportamento é considerado crime.

Disso podemos concluir que os comportamentos humanos são muito semelhantes em qualquer lugar do planeta, divergindo, entretanto, grandemente, a respeito da qualificação jurídica de algumas condutas. Em outras palavras, os fatos são os mesmos, mas a orientação deôntica é diferente. Por isso concordamos que o direito constrói suas próprias realidades. Ou seja, uma coisa é o fato; outra é a sua dimensão para se construir a norma de orientação. Entretanto, se é verdade que ‘o direito constrói as suas próprias realidades’ e cada uma delas serve como base para estabelecer uma relação jurídica (expressão máxima do ‘dever-ser’) não é menos verdade que essa realidade construída é um modelo das coisas do mundo do ‘ser’. O legislador examina a existência humana em sociedade e sobre ela estabelece normas de comportamento.

⁸⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Teoria da norma jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.141.

Para alguns, as normas jurídicas são apenas formuladas de acordo com o modelo lógico ‘Se ocorrer o fato F, instalar-se-á a relação deôntica R entre os sujeitos S’ e S’’’:

Neste modelo, a atividade judicial é tida como meramente declaratória da norma legal aplicável ao caso concreto, cabendo ao juiz unicamente fazer um silogismo lógico-dedutivo em que a premissa maior seria a norma e a premissa menor seria o fato, decorrendo daí uma única solução possível, que deveria ser a adotada. O papel a ser desempenhado pelo juiz, assim, seria o de mero aplicador da lei, cabendo-lhe tão-somente ‘dizer a lei do caso concreto’, extraída a partir da lei genérica e abstrata.⁸⁵

Convém lembrar aqui a metáfora de Norberto Bobbio: estudar a norma jurídica individualmente é ‘considerar-se a árvore, mas não a floresta’⁸⁶.

Não temos a pretensão de discutir essa matéria, já exaustivamente detalhada, mas sem consenso, para apenas, epistemologicamente, introduzir a noção de princípio jurídico na discussão. Sabemos que o conceito de norma jurídica não é unívoco. Pelo contrário. Tecer considerações sobre sua natureza jurídica parece ser uma tarefa de Sísifo⁸⁷, trabalhosa e inútil diante de toda a literatura a respeito da natureza da norma jurídica, cujo sentido varia de acordo com a significação emprestada ao termo. A semântica não ajuda nessa tarefa, pois dependerá sempre da escolha do intérprete. Pela visão pragmática, talvez tenhamos mais sorte em encontrar sua finalidade na composição de um ordenamento jurídico.

Existem normas jurídicas de diversas espécies: de comportamento, competência e de organização. Temos, ainda, as normas de orientação, denominadas princípios. São normas fundadas em razões culturais, já sedimentadas pela experiência, cuja função é a de orientar para a atividade do legislador, esclarecer questões ao intérprete e obter a perfeita identificação do fato jurídico com a sua solução na tarefa de aplicar o direito.

Os princípios sempre existiram em todos os sistemas jurídicos os quais temos notícia. Eram, no começo da civilização, os vetores das aspirações humanas, como a vida, a liberdade, a paz social, a convivência, e outras aspirações fundamentais do espírito humano, por isso condicionavam, do mesmo modo, as atividades, por assim dizer, jurídicas: criação de normas; conciliação entre o mandamento das normas e os

⁸⁵ FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. Lógica jurídica, argumentação e racionalidade. Revista Jus Navegandi, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2227>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

⁸⁶ BOBBIO, Norberto. A teoria do ordenamento jurídico. Brasília: UnB, 1997, p.19.

⁸⁷ Sísifo, conta a lenda, foi condenado a, por toda a eternidade, rolar uma grande pedra de mármore com suas mãos até o cume de uma montanha. Toda vez que estava quase alcançando o topo, a pedra rolava novamente montanha abaixo até o ponto de partida por meio de uma força irresistível, invalidando completamente o duro esforço despendido.

fatos humanos; e, na aplicação das consequências previstas nas normas de comportamento.

Na grande conquista da humanidade – o fim do absolutismo a partir da Revolução Francesa de 1789 – concretizada depois no Código Napoleônico de 21 de março de 1804, lá estavam os princípios da liberdade, da igualdade e da fraternidade.⁸⁸

Como vemos, os princípios são formulações culturais sedimentadas que antecedem a criação das normas jurídicas, e são colhidos pelo legislador da experiência no mundo do ‘ser’ para serem incluídos no mundo do ‘dever-ser’ jurídico.

Inicialmente, os princípios tinham duas funções no mundo jurídico: como manifestação da cultura dos povos, era um ‘valor’ a ser considerado previamente na elaboração das normas de comportamento; e outra como um artifício lógico a ser utilizado na aplicação do direito (tanto na interpretação doutrinária como na decisão judicial) como instrumento para solucionar controvérsias quando não houvesse uma norma clara a ser aplicada no caso concreto. Sua tarefa principal, explícita, era a de colmatar lacunas. No Brasil, como em tantos outros sistemas legislativos de outros países, lia-se na Lei de Introdução ao Direito Civil⁸⁹: ‘Artigo 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito’.

Os princípios, que ainda não tinham sido expressos em normas jurídicas, eram vistos como normas externas ao direito positivo. Dentre eles, todos aqueles que faziam parte da cultura de um povo antes da própria construção de um ordenamento jurídico. Nasceram da experiência, da cultura, da história, da filosofia, ou de exemplos de outros povos, e iriam servir de fundamento para a organização do Estado. Por exemplo, os veiculados na promulgação de uma Constituição, que tratavam da escolha da forma de governo e de sua estrutura econômica. As normas constitucionais iriam concretizar as antigas aspirações de uma república, do federalismo, da divisão dos poderes, da propriedade privada, etc., que já existiam no anseio do povo antes de se tornarem normas constitucionais principiológicas, e que derivavam diretamente das opções políticas para formatar um Estado. São principiológicas porque a partir de sua concreitude no texto constitucional todas as demais normas desse ordenamento jurídico

⁸⁸ O Código Civil de Napoleão foi precedido na Europa pelo *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (Reino da Baviera, 1756) pelo *Algemeines Landrecht* (Prússia, em 1792) e pelo Código Galiciano Ocidental (Galícia em 1797).

⁸⁹ Decreto-lei n.º. 4.657, de 4 de setembro de 1942, atual Lei n.º. 12.376/2010, que mudou o nome para Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

deveriam, compulsoriamente, se alinhar à sua orientação. Da mesma forma, o jusnaturalismo pregava que ‘o direito nasce no coração dos homens’, como dizia o apóstolo Paulo em sua Carta aos Romanos⁹⁰. As aspirações humanas, como o direito à vida, à liberdade, à posse de bens, eram os princípios a serem observados nas suas respectivas legislações. Dworkin levanta uma questão aparentemente insolúvel ao perguntar: ‘se os princípios políticos na Constituição podem ser considerados jurídicos, o direito pode ser natural?’⁹¹

Os costumes da sociedade vão moldando sempre novos princípios. Um exemplo eloquente é o instituto do casamento em direito civil, que de obrigatório para a constituição da família e de todas as consequências jurídicas decorrentes da convivência formalizada, passou a ser equiparado à convivência, denominada de união estável, para produzir os mesmos efeitos. Outro avanço civilizatório foi o reconhecimento da união matrimonial entre pessoas do mesmo sexo. No campo do direito empresarial também observamos a evolução legislativa provocada pela mudança dos costumes através dos tempos: nasceram novas formas societárias, novos vínculos contratuais, e pela parte que interessa ao presente estudo, um novo tratamento ao empresário em crise, com a adoção das formas de recuperação empresarial.

Há, portanto, uma interação constante entre a vivência humana e seu regramento jurídico. Não é o direito quem condiciona a vida, mas a vida é quem molda as regras de convivência, adequando-as sempre na persecução do bem-estar e paz social.

Daí, desde sempre, cogita-se da existência de princípios expressos e de princípios implícitos. Os princípios expressos eram aqueles veiculados por normas jurídicas positivadas num determinado ordenamento jurídico, que tinham por origem regras culturais sedimentadas pela coletividade e, por função, servir de orientação na

⁹⁰ ‘Os pagãos, que não têm a Lei, fazendo naturalmente as coisas que são da Lei, embora não tenham a Lei, a si mesmos servem de lei; eles mostram que o objeto da lei está gravado nos seus corações, dando-lhes testemunho a sua consciência, bem como os seus raciocínios, com os quais se acusam ou se escusam mutuamente.’ (Rom 2, 14-15).

⁹¹ ‘Mas há uma questão conexa que também se constitui em problema para a parte conceitual de uma teoria do direito. Os princípios mais fundamentais da Constituição, que definem o modo de fazer leis e quem é competente para fazê-las, podem ser considerados como partes integrantes do direito? Essa questão conceitual remete, claramente, a outros problemas de legitimidade e jurisdição. Se os princípios políticos inscritos na Constituição fazem parte do direito, a prerrogativa dos juízes para decidir o que determina a Constituição fica confirmada, pelo menos *prima facie*. Se esses princípios fazem parte do direito, apesar do fato de não serem produtos de decisão social ou política deliberada, então o fato de que, neste caso, o direito possa ser natural é um argumento em favor das restrições que a Constituição impõe ao poder da maioria. Tanto a questão conceitual quanto as questões de jurisdição e legitimidade incidem de maneira óbvia sobre a teoria da observância da lei. Incidem, por exemplo, sobre a questão de saber se um dissidente pode afirmar, de modo plausível ou mesmo coerente, que sua concepção a respeito do que determina a lei constitucional é superior à do poder legislativo e dos juízes’. (DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, X).

tarefa de criar, interpretar e aplicar normas de comportamento. Os princípios implícitos, em sua maioria genericamente denominados de princípios gerais de direito – que não passavam de conceitos abstratos fortemente vinculados à cultura e aos valores informativos do sistema positivo – exerciam a mesma função dos princípios expressos, porque condicionam fortemente a criação de novas regras de direito, orientam a tarefa interpretativa e servem de fundamentação para as decisões judiciais.

A evolução da ciência do direito do jusnaturalismo para os rigores conceituais do positivismo, e agora para uma teoria utilitarista, desde Bentham (1748-1872) que abandona a possibilidade de engessar o direito como quase uma ciência exata, para reconhecer sua função de técnica de solução de conflitos humanos, traz consigo a possibilidade de se considerar jurídicas todas as proposições, escritas ou não, que auxiliem as tarefas de criar, interpretar e aplicar regras de comportamento.⁹²

Partimos nesse raciocínio com certa perplexidade ao ouvir que os princípios são normas jurídicas⁹³ e que existem princípios expressos e princípios implícitos (como é o caso do princípio da inerência do risco). Isto, porque, ainda sofremos a influência dos que defendem a necessidade absoluta de só existirem normas jurídicas escritas e positivadas, como expressão do princípio da segurança jurídica. Foi a pedra fundamental do positivismo jurídico que afirmava pertencer ao direito as normas escritas; as aspirações humanas não positivadas seriam de outra natureza.⁹⁴ O positivismo jurídico exigia para a garantia de todos que o direito fosse escrito. A norma posta era tida como garantia suprema da segurança jurídica. Entre essa versão do positivismo jurídico e a nova tendência de se reconhecer que já se esgotaram as possibilidades de tratar o direito como ciência para lhe atribuir a função de técnica de solução de conflitos, resolvemos um falso silogismo, que pode ser assim resumido: Premissa maior: ‘O princípio da segurança jurídica exige que todas as regras de direito sejam positivadas’. Premissa menor: ‘Existem normas escritas que são consideradas princípios e existem normas não positivadas que também são consideradas princípios’.

⁹² É atribuída a Bentham a afirmação: ‘O direito natural é uma estupidez e o direito natural inalienável é uma estupidez com pernas de pau’.

⁹³ ‘Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente’. (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.87).

⁹⁴ O princípio da segurança jurídica tem outra leitura, como se vê da seguinte afirmação: ‘O artigo 2 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão consagrava a segurança jurídica ‘como um direito natural e imprescritível’. Quanto ao preâmbulo da Constituição Francesa de 1793, dispôs-se o seguinte: ‘A segurança jurídica consiste na proteção conferida pela sociedade a cada um de seus membros para conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades’. (BARROSO, Luís Roberto. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar: 2001, p.50).

Conclusão: ‘o ordenamento jurídico se compõe de normas escritas e normas não escritas.’ Heresia suprema diante da visão positivista do direito.

Todavia, a falsidade do silogismo transparece na falsidade da premissa maior porque, atualmente, devemos considerar como jurídicas todas as normas que, escritas ou não escritas, pertencem ao ordenamento jurídico, tido como apenas como um instrumento para ser utilizado pelo juiz na solução dos conflitos. A expressão direito não tem mais o sentido unívoco de um conjunto de regras de comportamento. O significado que justifica essas nossas ponderações é de uma técnica de solução de conflitos humanos que se utiliza de enorme instrumental, entre os quais está o ordenamento jurídico, tido como todas as normas passíveis de serem aplicadas justificadamente pelo juiz na sua tarefa de solucionar as questões que lhe são submetidas.

Assim, podemos admitir a existência de normas não escritas que veiculam valores utilizados não para estabelecer relações deonticas entre pessoas, mas para orientar o trabalho da interpretação das demais normas do ordenamento jurídico.

Alguns princípios decorrem da interpretação das normas do direito posto, reconhecendo-lhes amplitude de significado e de influência sobre as demais normas do ordenamento. Por outro lado, também em decorrência de normas escritas, por construção mental, podemos reconhecer diretrizes que não encontram suporte direto em prescrições jurídicas, mas como enunciados jurídicos auxiliares da interpretação, resultam do esforço mental indutivo. Por exemplo, os princípios da segurança jurídica e da indisponibilidade do interesse público, inclusive o princípio da inerência do risco da atividade empresarial sobre o qual pesquisamos. São, com razão, denominados princípios implícitos, que por serem construções na forma de proposições jurídicas integram o respectivo ordenamento, na qualidade de normas jurídicas porque fazem parte do conjunto de regras utilizadas pelos juízes na sua atividade de resolver conflitos.

Nessa nova visão, em cada sistema jurídico encontraremos normas de várias naturezas: de *dever-ser* (enunciados prescritivos ou normas de conduta), de *estrutura* (enunciados dispositivos ou normas de organização)⁹⁵ e de *competência*; há ainda outras classificações sobre as quais não discorreremos.⁹⁶ As primeiras visam veicular os

⁹⁵ Herbert Lionel Adolphus Hart, Norberto Bobbio, Lourival Vilanova, Paulo de Barros Carvalho e outros adotam a mesma visão. (CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de teoria geral do direito. São Paulo: Noeses, 2014, p.355).

⁹⁶ Como afirma Norberto Bobbio, ‘[...] existem normas de comportamento ao lado de normas de estrutura. As normas de estrutura podem também ser consideradas como as normas para a produção jurídica: quer dizer, como as normas

funtores deônticos, próprios de um ordenamento jurídico (proibir, permitir e obrigar comportamentos); as de estrutura, conforme o próprio nome denuncia, definem as regras do jogo, isto é, criar as estruturas necessárias ao perfeito funcionamento das regras de conduta; e, por fim, as normas de competência são aquelas que outorgam à alguém (pessoa concreta ou instituição) o poder de impor comportamentos através da emissão de comandos normativos.

Apesar da possibilidade de diferenciação entre as normas, pelos seus caracteres finalísticos, ou por outros critérios, adotaremos, para nossa finalidade, que todas as normas pertencentes a certo ordenamento jurídico – independentemente da sua função – são consideradas normas jurídicas. Todas são normativas, no sentido de que o sistema jurídico em sua integralidade é construído para conferir material decisório na atividade jurisdicional, e com isso ordenar o comportamento humano, diretamente (estabelecendo relações jurídicas) ou indiretamente (orientando o proceder humano dentro dos valores culturais de seu estado civilizatório) – a chamada jurisprudência.⁹⁷

Os princípios não positivados, denominados de princípios implícitos, são normas jurídicas, deduzidos, por interpretação, de outros princípios existentes no ordenamento jurídico ou da evolução cultural do povo. Podem surgir de ponderações morais, éticas, religiosas, sociais ou filosóficas que formam, em seu conjunto, a cultura de um povo. Em razão de não serem esses princípios anteriormente positivados, a norma que transmite o princípio implícito deve ser dedutível de outras normas existentes positivadas no ordenamento, ou decorrentes de valores culturais sedimentados, sob pena de não serem reconhecidos pelos operadores do direito.

A sociedade evolui ao sabor de novas ideologias e essa evolução é característica da própria evolução humana. Novas ideias sobre as coisas já existentes são os motores da civilização. A humanidade se move ao encontro do novo. Novos contratos, formas de convivência, valores, descobertas, invenções, são as molas que impulsionam o homem na sua trajetória histórica. Por isso justifica-se a existência de princípios implícitos, normas jurídicas não positivadas, que exercem grande influência sobre o corpo do ordenamento jurídico.

que regulam os procedimentos de regulamentação jurídica. Elas não regulam um comportamento, mas o modo de regular um comportamento, ou, mais exatamente, o comportamento que elas regulam é o de produzir regras.' (BOBBIO, Norberto. A teoria do ordenamento jurídico. Brasília: UnB, 1997, p.45).

⁹⁷ 'Es jurídica toda norma que – independentemente de su contenido o de su estructura – sea reconocible como perteneciente a su sistema jurídico.' (GUASTINI, Riccardo. Distinguiendo. Estudios de teoria e metateoria del derecho. Barcelona: Gedisa, 1999, p.69).

Entretanto, por serem normas não escritas, mas dedutíveis de outras normas ou valores culturais, é necessário estar sempre alerta para a manifestação de normas ideológicas fortemente sectárias que não representam a aspiração da sociedade, mas apenas formulações descabidas de interesses tendenciosos particulares. Apenas para exemplificar essa afirmativa, dentre muitos exemplos veiculados em artigos de doutrina ou em documentos judiciais (petições e sentenças), recentemente a 13ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em decisão proferida no processo n.º. 2006999-42.2017.8.26.0000, desconstituiu decisão proferida pelo Juiz da 4ª Vara da Fazenda Pública no processo n.º. 1001965-41.2017.8.26.0053, que havia acolhido a alegação de violação do ‘princípio da proibição do retrocesso social’ formulada por uma das partes num processo em que uma associação de ciclistas se insurgia contra o aumento do limite de velocidade na cidade de São Paulo, sob o seguinte argumento:

45. O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) adotado pela ONU em 1966 e ratificado pelo Brasil em 1992 estabelece o seguinte: Artigo 2.1: Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos econômico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas.

46. Por seu turno, o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), celebrado em 1969 e ratificado pelo Brasil em 1992, prevê, no Capítulo III, o seguinte: Desenvolvimento progressivo – Os Estados-parte comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

47. O Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (Protocolo de San Salvador), assinado em 1988 e promulgado pelo Brasil em 1999, também trata do tema: Artigo 1º. Obrigação de adotar medidas – Os Estados Parte neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo.

[...]

50. E isso não se aplica apenas aos direitos chamados de segunda geração – ou segunda dimensão, como os direitos sociais –, mas, em decorrência da segurança jurídica, deve abranger os demais direitos previstos constitucionalmente.

O princípio da proibição do retrocesso social não se origina de norma legal positivada no ordenamento jurídico, mas de aspirações ideológicas, fundadas em direito alienígena:

É um contrassenso postular que supostos princípios constitucionais – como o da vedação do retrocesso social, sem constar do texto da Constituição, é criação interpretativa questionável, tratando o progresso social como um inexorável processo linear e contínuo – devam prevalecer sobre norma explícita como é a competência municipal, no dizer da Prefeitura de São Paulo acolhido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no processo citado.⁹⁸

Por isso, os princípios implícitos devem ser rigorosamente deduzidos de normas positivadas na Constituição, em outras normas legais, ou de sedimentada aspiração da coletividade, para poderem ser arguidos na interpretação de casos ou situações conflituosas levadas à decisão judicial ou para suportar trabalhos de doutrina. Sem esta base fundamental, não passarão de arroubos ideológicos com funestas consequências, como vimos do ‘princípio da superioridade da raça ariana’ que pretendeu justificar a ditadura de Hitler.

O princípio da inerência do risco nas atividades empresariais é considerado um princípio implícito, ou seja, não foi positivado como uma norma jurídica expressa. Ele não está redigido em lugar algum do ordenamento jurídico brasileiro. Isto quer dizer que não é veiculado por nenhuma norma ou regra anteriormente posta pelo legislador. No entanto, ele existe em formulação proposicional na mente de todos os operadores do

⁹⁸ O Conselho Constitucional da França, na sua decisão DC 83-1652, em 20/01/1984, criou o precedente do *effet cliquet* (vedação do retrocesso). Nesta ocasião, a Corte considerou que não era possível a revogação total de uma lei consagradora de liberdades fundamentais, sem a substituição por outra, que ofereça garantias com eficácia equivalente. A decisão do Conselho Constitucional da França é mencionada no bojo do Acórdão 509/2002 (Processo n.º. 768/2002), julgado pelo Tribunal Constitucional Português. (Tribunal Constitucional. Acórdão n.º. 39/84.) Aresto publicado na edição n.º. 36, de 12/02/2003, do Diário da República Portuguesa (p.905-917). No precedente português, o Tribunal Constitucional, por maioria, acolheu a arguição de inconstitucionalidade do artigo 17 do Decreto-lei n.º. 254/1982, que, na prática, havia alterado profundamente o Serviço Nacional de Saúde. Reconhecendo a fundamentalidade do direito à saúde, o Conselheiro Vital Moreira manifestou o seguinte entendimento: ‘Que o Estado não dê a devida realização às tarefas constitucionais, concretas e determinadas, que lhe está tão cometidas, isso só poderá ser objecto de censura constitucional, em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas, quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir essa tarefa, e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, então a censura constitucional já se coloca no plano da própria inconstitucionalidade por acção. Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa – a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica – então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a protecção directa da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor.

direito. Legisladores e aplicadores do direito condicionam sua atividade, ao tratar da matéria relativa à atividade empresarial, à existência dessa norma principiológica, que se traduz no reconhecimento de que essa atividade pode resultar em insucesso por fatores que independem da atuação do empresário. Por conta disso, devem sempre interpretar as normas que serão criadas originalmente ou em aplicação a um caso concreto, tendo em vista que, em regra, o insucesso não se deu por culpa do empresário. Como demonstraremos, embora implícito, sua normatividade decorre de normas absolutamente claras do ordenamento das quais é deduzido, especialmente com fundamento na norma constitucional da função social da propriedade privada.⁹⁹

Duas questões devem ser consideradas quanto ao aspecto de se invocarem princípios implícitos para sustentar pontos de vista divergentes e influenciar decisões judiciais: a necessidade de segurança jurídica e a impossibilidade de retroatividade da interpretação. Duas faces da mesma moeda.

Se as leis são criadas e divulgadas para servirem de baliza ao comportamento humano, devem, obrigatoriamente, difundir um sentimento de segurança para todos que se comportarem conforme essas orientações e jamais poderão ser alteradas para aplicação em casos pretéritos. Não podemos nos esquecer da observação de Pedro Malan que, ao assumir o Ministério da Fazenda e descobrir a enorme diversidade de normas conflitivas editadas pelas gestões anteriores, afirmou: ‘No Brasil, até o passado é incerto’.¹⁰⁰

Não há a menor possibilidade de se permitir decisões judiciais ou administrativas que imponham deveres e obrigações com fundamento em normas com conteúdo indeterminado e excessivamente genérico: os denominados princípios implícitos.

⁹⁹ O conceito jurídico de ‘função social’ é totalmente indeterminado. Sua raiz está na constatação que se fez em direito administrativo entre ‘interesse público’, ‘interesse privado’, e mais recentemente, entre os dois, um ‘interesse coletivo’, que serviu de instrumento para a delimitação dos campos de atuação do direito público e do direito privado. Qual uma cunha entre os dois nasceu por último o conceito de ‘direitos difusos’ concernente aos anseios da coletividade, situada entre o público e o particular.

¹⁰⁰ Pedro Sampaio Malan (Rio de Janeiro, 19/02/1943) é engenheiro e economista; foi professor da PUC-Rio. Formou-se em engenharia elétrica pela Escola Politécnica da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro em 1965 e conquistou um doutorado em economia pela Universidade de Berkeley. Trabalhou para o governo de Fernando Collor de Mello como negociador responsável pela reestruturação da dívida externa brasileira nos termos do Plano Brady, redução da dívida pública, reformas do Estado e pela condução do plano de privatização e abertura comercial. Foi um dos arquitetos do Plano Real. Foi Ministro da Fazenda durante os dois mandatos de Fernando Henrique Cardoso, de 1 de janeiro de 1995 – quando FHC assumiu o primeiro mandato de presidente – até 1º de janeiro de 2003, quando terminou o segundo mandato.

Foi por conta disso, à vista de excesso de regras e de normas com conceitos abertos ou indeterminados que o senador Antonio Anastasia¹⁰¹ apresentou ao Senado Federal, em 2015, o Projeto de Lei n.º. 349, propondo incluir na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro a proibição para autoridades federais, estaduais ou municipais de todos os órgãos públicos, inclusive o Poder Judiciário, de tomar decisões com base em valores abstratos e de declarar inválidas situações anteriormente constituídas.

Segundo o editorial do jornal *O Estado de S. Paulo*¹⁰² à época,

O objetivo dessas medidas é coibir uma das práticas mais comuns do Executivo e do Judiciário: a modificação repentina de regras e a substituição de entendimentos jurídicos já pacificados por interpretações estapafúrdias, surpreendendo cidadãos e empresas que planejaram suas atividades rigorosamente sob a égide das antigas regras. [...] No momento em que funcionários da Receita alteram regras tributárias segundo as suas necessidades de caixa e juízes trabalhistas cada vez mais abusam ao interpretar as leis, redefinindo-as segundo as suas convicções políticas ou interesses corporativos, a aprovação do projeto é mais que oportuna. O texto ajuda a restabelecer as garantias da Constituição, restabelecendo a segurança do direito.¹⁰³

¹⁰¹ Antonio Augusto Junho Anastasia (Belo Horizonte, 9/05/1961) é político, professor e advogado brasileiro, filiado ao Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB). É graduado e mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Foi eleito vice-governador de Minas Gerais nas eleições de 2006. Com a renúncia de Aécio Neves em março de 2010, assumiu o governo até o final do mandato. Foi reeleito nas eleições de 2010. Foi eleito senador em 5/10/2014.

¹⁰² O Estado de S.Paulo. Editorial. Reforço na segurança do direito. Publicado em 1 nov.2017, p.A-3.

¹⁰³ Artigo 1º Inclua-se os seguintes artigos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-lei n.º. 4.657/1942: Artigo 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem medir as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e adequação da medida imposta, ou de sua invalidação, inclusive em face das possíveis alternativas. Artigo 21. A decisão que, na esfera administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso as suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime, sem prejuízo dos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivas. Artigo 22. A interpretação das normas sobre gestão pública considerará os obstáculos e dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. §1º. Na decisão sobre a regularidade de comportamento ou sobre a validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão levadas em conta as circunstâncias práticas que tiverem imposto, limitado ou condicionado a ação dos agentes. §2º. Na aplicação de sanções serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. §3º. As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza relativas ao mesmo fato. Artigo 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que, com base em norma indeterminada, impuser dever ou condicionamento novo de direito, ou fixar orientação ou interpretação nova, deverá prever um regime de transição, quando indispensável para que a submissão às exigências se opere de modo proporcional, equânime e eficiente, e sem prejuízo aos interesses gerais. Parágrafo único. Se o regime de transição não estiver previamente estabelecido, o sujeito obrigado terá direito a negociá-lo com a autoridade, segundo as peculiaridades de seu caso e observadas às limitações legais, celebrando-se compromisso para o ajustamento, na esfera administrativa, controladora ou judicial, conforme o caso. Artigo 24. A revisão, na esfera administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, não se podendo, com base em mudança posterior de orientação geral, considerar como inválidas as situações plenamente constituídas. Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. Artigo 25. Quando necessário por razões de segurança jurídica de interesse geral, o

O artigo 20, introduzido, afirma:

Artigo 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem medir as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e adequação da medida imposta, ou de sua invalidação, inclusive em face das possíveis alternativas.

Como não há direitos sem uma ação judicial que o garanta, o artigo 25 desse Projeto de Lei do Senado institui o regime de ação civil pública para a defesa dos interesses e antigos direitos atingidos pela norma ou interpretação nova:

Artigo 25. Quando necessário por razões de segurança jurídica de interesse geral, o ente poderá propor ação declaratória de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, com efeitos *erga omnes*, no regime da ação civil pública.

§1º O Ministério Público será citado para a ação, podendo se abster, contestar ou aderir ao pedido.

ente poderá propor ação declaratória de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, com efeitos *erga omnes*, no regime da ação civil pública. §1º. O Ministério Público será citado para a ação, podendo se abster, contestar ou aderir ao pedido. §2º. A declaração de validade poderá abranger a adequação e economicidade dos preços ou valores previstos no ato, contrato ou ajuste. Artigo 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive quando da expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após a realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicidade, na forma dos atos oficiais. §1º. O compromisso: I – buscará uma solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; II – poderá envolver transação razoável quanto a sanções e créditos relativos ao passado, e ainda o estabelecimento de um regime de transição; III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para sua efetivação e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. §2º. Poderá ser requerida autorização judicial para celebração do compromisso, em procedimento de jurisdição voluntária, para o fim de excluir a responsabilidade pessoal do agente público por vício do compromisso, salvo por enriquecimento ilícito ou crime. Artigo 27. A decisão do processo, na esfera administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação razoável por benefícios indevidos ou prejuízos anormais e injustos resultantes do processo ou do comportamento dos envolvidos. §1º. A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor. §2º. Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos. Artigo 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. §1º. Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em orientação geral, ou ainda em interpretação razoável, em jurisprudência ou em doutrina, ainda que não pacificadas, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita, no caso, por órgãos de controle ou judiciais. §2º. O agente público que tiver de se defender, em qualquer esfera, por ato ou comportamento praticado no exercício normal de suas competências e em observância ao interesse geral terá direito ao apoio da entidade, inclusive nas despesas com a defesa. §3º. Reconhecida a ocorrência de dolo ou erro grosseiro mediante trânsito em julgado, o agente público ressarcirá ao erário as despesas assumidas pela entidade em razão do apoio à defesa de que trata o §2º deste artigo. Artigo 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestações de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, e que será considerada na decisão. §1º. A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver. §2º. É obrigatória a publicação, preferencialmente por meio eletrônico, das contribuições e de sua análise, juntamente com a do ato normativo. Artigo 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no *caput* terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão. Artigo 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, salvo quanto ao artigo 29, que entrará em vigor 180 (cento e oitenta) dias após a data da publicação desta Lei.

§2º A declaração de validade poderá abranger a adequação e a economicidade dos preços ou valores previstos no ato, contrato ou ajuste.

E mais: prevê a responsabilização do agente pelos danos causados, como vemos na redação do artigo 28:

Artigo 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. §1º Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em orientação geral, ou ainda em interpretação razoável, em jurisprudência ou em doutrina, ainda que não pacificadas, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita, no caso, por órgãos de controle ou judiciais. §2º O agente público que tiver de se defender, em qualquer esfera, por ato ou comportamento praticado no exercício normal de suas competências e em observância ao interesse geral terá direito ao apoio da entidade, inclusive nas despesas com a defesa. §3º Reconhecida a ocorrência de dolo ou erro grosseiro mediante trânsito em julgado, o agente público ressarcirá ao erário as despesas assumidas pela entidade em razão do apoio à defesa de que trata o §2º deste artigo.

As regras de comportamento também são manifestações da cultura do povo, as quais os legisladores¹⁰⁴ concretizam em prescrições os valores da sociedade onde vivem e na qual essas prescrições serão aplicadas. Até as regras de estrutura, criadoras dos institutos jurídicos básicos (União, Estados, Municípios, Tribunais, etc.), como as regras de competência, nascem das necessidades de circunscrever o cenário jurídico e descentralizar o exercício do poder do Estado. Disso decorre a enorme influência dos valores na elaboração de um sistema normativo.

A direção imposta pelo direito ao comportamento humano deriva, necessariamente, dos valores culturais do legislador. Existe, entretanto, uma questão de amplitude ou de influência dos valores de uma sociedade que se revela na maior ou menor extensão da sua aplicação.

Os valores mais amplos, aqueles que influenciam a elaboração de um grande número de normas, são denominados princípios. Segundo Aurora Tomazini de Carvalho, ‘a graduação hierárquica dos valores é condicionada aos horizontes culturais do intérprete’¹⁰⁵.

Os costumes e a história são componentes obrigatórios da cultura dos povos. Dentre as mais variadas definições de cultura, Edward B. Tylor, professor inglês de antropologia resumiu que cultura é ‘todo aquele complexo que inclui o conhecimento,

¹⁰⁴ A expressão ‘legisladores’ é aqui tomada em seu sentido mais amplo, desde o senador da República até o funcionário que edita circulares e portarias, incluindo os magistrados que criam, em suas sentenças, normas individuais de conduta.

¹⁰⁵ CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de teoria geral do direito. São Paulo: Noeses, 2014, p.512.

as crenças, a arte, a moral, a lei, os costumes e todos os outros hábitos e capacidades adquiridos pelo homem como membro da sociedade'.¹⁰⁶

Nesse conceito verificamos que, em verdade, não é a cultura que influencia a criação e a aplicação do direito, mas os valores carregados pelos homens sobre os elementos de sua cultura. Os hábitos e as capacidades humanas só adquirem significado cultural quando são considerados. Ou, em outras palavras, quando são significativamente valorizados.

Valores são os resultados dos julgamentos que fazemos sobre as coisas.¹⁰⁷ Ou em outras palavras: valor é a medida das coisas. Não a medida matemática ou geométrica ou de quantidade, mas a medida de qualidade, que é um processo intelectual baseado na experiência. E individual. O que é bom e o que é belo para mim pode não ser para outra pessoa. Não há uma métrica para os valores.

Por isso, quando falamos da importância dos valores para o direito devemos ter em mente duas coisas distintas: o valor que condiciona a elaboração das normas e o valor extraído das normas. O valor que condiciona a elaboração das normas é resultante ou deduzido da cultura da coletividade. E o valor extraído das normas é o resultado da aceitação coletiva das pessoas submetidas a esse específico ordenamento jurídico.

No que tange aos princípios, decorrem tanto de uma como de outra fonte. Da cultura, chamada por Burke¹⁰⁸, de 'moral costumeira difusa' decorre tanto as normas como os princípios. A diferença entre um e outro é o alcance e a indeterminação. Os princípios, na maioria das vezes, influenciam todo o ordenamento jurídico ou grande parte dele, e as normas são destinadas a regular um determinado comportamento, definir uma escolhida competência ou criar um dado instituto.

Veiculando valores culturais de uma sociedade no ordenamento jurídico positivado, quer através de normas jurídicas que os agasalharam, quer por normas deduzidas (princípios implícitos), podemos adotar a posição de Claus Wilhelm Canaris, no que tange às características dos princípios:

a) não valem sem exceção e podem entrar entre si em contradição. De fato, como se vê no exemplo dado por Dworkin no qual Elmer assassinou o avô

¹⁰⁶ Culture or civilization, taken in its wide ethnographic sense, is that complex whole which includes knowledge, belief, art, morals, law, custom, and any other (capabilities and habits! acquired by man as a member of society. (EDWARD, B. Tylor. Primitive culture. 6.ed. Londres, 1922).

¹⁰⁷ Sobre o tema, ver: GLOBOT, Edmond. La logique des jugements de valeur. Paris: Librairie Armand Colin, 1927.

¹⁰⁸ Edmund Burke (1729-1797).

para receber a herança¹⁰⁹, na falta de uma regra específica sobre a possibilidade de locupletamento por ato ilícito praticado pelo assassino diante das regras de sucessão, os juízes divergiram sobre o modo de interpretar a lei nas circunstâncias especiais do caso prevalecendo, afinal, o princípio que atendia melhor o sentimento (valor) de justiça.

b) não têm a pretensão de exclusividade. Nenhum princípio pode prevalecer sobre uma regra positivada em sentido contrário.

c) ostentam seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação. Diante da vagueza do sentido dos princípios e da sua amplitude necessária, sua aplicação está sempre condicionada à aplicação complementar e não exclusiva.

d) precisam, para sua realização, de uma concretização através de subprincípios e valores singulares, com conteúdo material próprio. Entende o autor que, para a aplicação dos princípios na solução de um caso concreto, não há a possibilidade de sua aplicação direta, necessitando de auxílio de outras considerações hermenêuticas para tanto.¹¹⁰

No mesmo sentido, José Joaquim Gomes Canotilho¹¹¹ também assevera que os princípios são qualitativamente distintos das regras e, no esteio de Ronald Dworkin e Robert Alexy, destaca:

1. uma regra é ou não é cumprida, um princípio possui vários graus de concretização, variando em razão de condicionalismos fáticos e jurídicos;
2. os princípios podem coexistir, apesar de serem antinômicos, as regras em conflito excluem-se. Aqueles permitem ‘balanceamento de valores e interesses’, as regras exigem o tudo ou nada;
3. os princípios podem envolver problemas de validade e de peso, as regras só enfrentam questão de validade.

Martsung Alencar, em seu estudo sobre princípios, afirma:

Norberto Bobbio, no dizer de Bonavides (2000, p.254)¹¹², chegou a encontrar, nos princípios, várias dimensões, formando uma tetradimensionalidade, ou seja, teriam as funções: ‘interpretativa’, ‘integrativa’, ‘diretiva’ e ‘limitativa’. Porém, segundo o mesmo professor cearense, os princípios teriam não apenas quatro, mas, cinco funções: ‘fundamentadora’, ‘interpretativa’, ‘integrativa’, ‘diretiva’ e ‘limitativa’.¹¹³

Isto reflete, com grande precisão, as principais características dos princípios, e que servem, também, para distingui-los das normas de ‘dever-ser’ de um ordenamento, porque, explícitos ou implícitos, conferem à interpretação das normas jurídicas as cinco funções descritas por Paulo Bonavides incrementando a posição de Norberto Bobbio

¹⁰⁹ DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p.20.

¹¹⁰ CANARIS, Claus Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p.88.

¹¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teorias da Constituição. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2000, p.1.125.

¹¹² BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

¹¹³ ALENCAR, Martsung Formiga Cavalcanti e Rodovalho de. O sistema jurídico: normas, regras e princípios. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n.º 1110, 16 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8628>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

sobre o tema. Os princípios jurídicos conformam a ideologia de um determinado ordenamento jurídico conferindo-lhe consistência integradora.

Feliz a ponderação de Humberto Ávila em reconhecer a existência de postulados normativos como ‘normas imediatamente metódicas que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e normas mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios’ [...] São ‘metanormas, deveres de segundo grau e estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras’¹¹⁴

Exemplos de postulados são os da razoabilidade, da proporcionalidade e da eficiência, que ‘estão no nível das normas que estruturam a aplicação de outras’.¹¹⁵ Alexy as denomina de ‘máximas’¹¹⁶ e Fábio Ulhoa Coelho prefere denominar ‘imperativos’ (como as chamou nas aulas por ele ministradas no curso de doutorado em direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em setembro de 2017).

São verdadeiros conceitos que não veiculam uma regra, mas, antes, permitem o preenchimento de suas condições pela atividade interpretativa. É a bússola que aponta o norte, mas não define o caminho a ser seguido.

Existem princípios, veiculados por normas jurídicas, que carregam dentro de si uma regra. Por exemplo, o princípio da irretroatividade da lei penal. É um limite objetivo para a ação do legislador que não pode editar normas em sentido contrário. Mas, a grande maioria dos princípios são verdadeiros postulados ou imperativos, de ampla aplicação, verdadeiros conceitos, que também orientam a atuação do legislador, sem, entretanto, limitar a sua atuação, como, por exemplo, o princípio da inerência do risco na atividade empresarial. Esse postulado abre os olhos do legislador e do aplicador do direito no sentido de que o empresário sofre, na sua atividade, os azares da vida, independentemente de sua vontade, empenho ou capacidade. Se a moda masculina atualmente rejeita o uso de gravata, como no passado liberou o uso de chapéu para os homens, que culpa tem o empresário de uma fábrica de gravatas ter falido por falta de mercado?

A epistemologia dos princípios jurídicos é uma tarefa tentadora, principalmente na delimitação do seu conteúdo e alcance, mas não ousamos fazê-lo nesta oportunidade.

¹¹⁴ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.88.

¹¹⁵ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.88.

¹¹⁶ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.88 apud ALEXY, Robert. Theorie der Grundrechte (Teoria dos direitos fundamentais). 2.ed., p.100.

Vale ressaltar apenas que existe um vácuo na pesquisa cujos lineamentos foram acima apontados.

Sobre a natureza dos princípios, a doutrina tem posições ainda muito discrepantes. Há aqueles que afirmam, em sentido negativo, que os sistemas jurídicos se compõem de normas e ‘não comportaria a presença de outras entidades, como, por exemplo, os princípios’¹¹⁷. No entanto, essa afirmação depende de uma questão de difícil solução: atribuir um conteúdo à expressão norma jurídica, que não cabe nos estreitos limites deste estudo.

A literatura contém inúmeras opiniões acerca da distinção entre normas e princípios, especialmente sobre a natureza dos princípios, conforme explica Robert Alexy:

Com base nesses critérios, são possíveis três teses inteiramente diversas acerca da distinção entre regras e princípios. A primeira sustenta que toda tentativa de diferenciar as normas em duas classes, a das regras e a dos princípios, seria, diante da diversidade existente, fadada ao fracasso. [...] A segunda tese é defendida por aqueles que, embora aceitem que as normas possam ser divididas de forma relevante em regras e princípios, salientam que essa diferenciação é somente de grau. [...] A terceira tese, por sua vez, sustenta que as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa.¹¹⁸

O autor opta pela terceira corrente, quando afirma:

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio de expressões deonticas básicas do dever ser, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as

¹¹⁷ Paulo de Barros Carvalho, para justificar a inclusão dos princípios como normas jurídicas, começa sua explicação com a afirmação geral dada por parte da doutrina mais tradicional: ‘O corolário natural de tudo quanto se expôs é que o direito positivo, formado unicamente por normas jurídicas, não comportaria a presença de outras entidades, como, por exemplo, princípios. Estes não existem ao lado das normas, coparticipando da integridade do ordenamento. Não estão ao lado das unidades normativas justapondo-se ou contrapondo-se a elas. Acaso estivessem, seriam formações linguísticas portadores de uma estrutura sintática. E qual é a sua configuração lógica? Ninguém, certamente, saberá responder a tal pergunta, porque princípios são normas jurídicas carregadas de forte conotação axiológica. (CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. 6.ed. São Paulo: Noeses, 2015, p.252).

¹¹⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p.89. Em nota de rodapé, Alexy aponta: ‘18. Josef-Esser, *Grundsatz und Norm*, p.51. Princípio [...] não é, ele mesmo, diretiva, mas fundamento, critério e justificação da diretiva; Karl Larenz, *Richtiges Recht*. p.24-25; Joseph Raz, *Legal principles and the limits of law*, p.839; Neil MacCormick, *Principles of law*, *Judicial Review* 19 (1974), p.222; do mesmo autor, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Clarendon, p.152 e ss.19. Cf. Hyman Gross, *Standards as law*, *Annual Survey of American Law* 1968/69, p.578 (normas de organização ou normas de comportamento); 20. Esse diferencia, por exemplo, princípios axiomáticos, retóricos e dogmáticos, princípios imanentes e informativos, princípios jurídicos e princípios do direito, bem como princípios construtivos e axiológicos (Josef Esser, *Grundsatz und Norm*, p.47-48, 73 e ss., 90 e 156). Peczenik divide os princípios em ‘princípios ou leis da lógica’, ‘princípios de justiça’, ‘semilógicos’ e ‘princípios jurídicos instrumentalmente formulados’; princípios ‘similares aos instrumentalmente formulados’ e ‘todos os outros princípios’ (Aleksander Peczenik, *Principles of law*, p.17 e ss.).

regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente.¹¹⁹

Como vemos, a definição de princípios depende, em grande parte, do que se entende por normas jurídicas.

Há a posição restrita de Hans Kelsen, segundo a qual a norma jurídica é uma proposição deontica que estabelece, quando da sua incidência, uma relação jurídica entre duas ou mais pessoas, e todas as outras seriam proposições jurídicas; ou, qualquer proposição existente no ordenamento, incluindo as regras de estrutura e as regras de competência, que embora sejam regras de ‘ser’ (porque criam entidades jurídicas), são interpretadas de um modo forçado como regras de ‘dever-ser’, da mesma natureza das regras restritamente deonticas.

Adotando o posicionamento de que princípios são ‘normas de espécie muito diferente’, conforme afirma Robert Alexy, e sem o intuito de criar polêmica sobre sua natureza jurídica, é importante notar a posição pragmática de Ronald Dworkin no sentido de serem os princípios normas jurídicas de natureza distinta das demais regras do sistema para os efeitos de se aplicar o direito, e principalmente para colmatar lacunas no ordenamento.

É dele a expressão *all-or-nothing* (tudo ou nada) para diferenciar a aplicabilidade das normas e dos princípios nos casos de conflitos de regras na solução de um caso concreto. As regras deonticas são aplicáveis ou não a um determinado caso concreto. A aplicação de uma norma impede a aplicação de outra. Diante de duas normas, que poderiam solucionar o caso, mas são antagônicas, a escolha de uma delas exclui necessariamente a outra.

‘Tudo ou nada’. Não haverá, pelo aplicador da norma, a possibilidade de escolha. Se uma norma for aplicável, a outra será inválida para o caso concreto. Ao aplicador do direito não é possível solucionar uma determinada questão escolhendo entre várias possibilidades a norma que melhor se adequa ao caso em exame. Para a questão a ser resolvida, há ou não uma determinada regra de direito. Não há possibilidade de escolha. A norma é aplicável ou inexistente, e se uma determinada norma é aplicável quaisquer outras serão inválidas.

¹¹⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p.87.

Já a solução de casos concretos pela aplicação de princípios, ou seja, a escolha de um deles diante de um caso concreto não exclui a possibilidade de outro princípio vir a ser eleito em caso semelhante. A escolha de um não exclui a aplicabilidade de outro. Eles são complementares na interpretação das normas por ocasião de sua aplicação ao caso concreto. O direito seria uma técnica de solução de conflitos que se vale tanto de regras como de princípios na resolução de questões diante do conflito de interesses.

Os exemplos de aplicação do direito em casos concretos, nos quais há colidência de princípios à míngua de regras específicas, é eloquente e merece uma leitura atenta: o caso Elmer, que assassinou o avô para receber a herança; o caso *snail darter*, espécie de peixe que paralisou a construção de um empreendimento por causa da lei de preservação das espécies; o caso McLoughlin envolvendo indenização por danos morais à mãe pelo sofrimento decorrente de acidente de automóvel que vitimou seu marido e quatro filhos; e o caso Brown envolvendo segregação racista no Kansas em 1954.¹²⁰

É nesse espaço que se insere a utilidade dos princípios no ordenamento jurídico visto que o caráter sistêmico do ordenamento jurídico impõe a necessidade de completude: todos os comportamentos estão regrados. Para obter essa finalidade somos obrigados a encontrar uma fórmula para resolver as lacunas (falta de norma específica para um caso concreto, diante da natural impossibilidade de o legislador prever todos os comportamentos possíveis). Outra dificuldade decorrente desse caráter sistêmico é a possibilidade de existirem duas normas no mesmo ordenamento condicionando condutas contraditórias: as antinomias. A solução das antinomias – a despeito da existência de regras definidas pelo próprio sistema (critérios cronológicos, hierárquicos e de especialidade expressos no texto legal) – pode, em grau menor, levar ao recurso interpretativo por meio de questões principiológicas. O legislador, consciente dessas dificuldades, cria em quase todos os sistemas jurídicos um artifício lógico que no direito brasileiro está redigido no artigo 140 do Código de Processo Civil: ‘O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico’¹²¹ e no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

¹²⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p.20-38.

¹²¹ Lei Federal n°.13.105, de 16-3-2015.

‘Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.’¹²²

Princípios são mandamentos de otimização da tarefa interpretativa e se aplicam, sempre, na maior extensão possível, conforme explica Robert Alexy.¹²³

A tarefa interpretativa se inicia com o legislador (palavra utilizada para identificar quem cria qualquer espécie de regra jurídica). Ao se dedicar à tarefa, deve interpretar os fatos e sobre eles estabelecer uma regra conforme os valores do sistema onde será inserido. O julgador (palavra utilizada para identificar qualquer um investido de competência para decidir) quando vai exercer sua tarefa deve interpretar a relação deontica estabelecida pela incidência de uma hipótese normativa, resolvendo a questão conforme os valores e as regras aplicáveis. Em qualquer dos casos haverá sempre a necessidade de interpretação.¹²⁴

Em suma, Maria Helena Diniz¹²⁵, ao tratar do papel dos princípios constitucionais no ordenamento jurídico, destaca o tema com base na doutrina:

[...] (eles) informam a concepção estatal ao indicar as suas finalidades sociais e os valores objetivados pela sociedade; impõem um dever político aos órgãos com competência legislativa e impedem que o legislador edite normas em sentido oposto ao do princípio; condiciona a atividade discricionária da administração pública e do judiciário; servem de diretriz teleológica para a interpretação e aplicação jurídica e estabelecem direitos subjetivos por impedirem comportamentos antagônicos a eles.¹²⁶

A investigação do sentido de um texto ou da significação das palavras encontradas na proposição é feita por meio de métodos que têm como objetivo encontrar a verdade do emissor. Para isso, é indispensável que o emissor e o destinatário da mensagem estejam no mesmo universo, no mesmo sistema linguístico; do contrário, seria necessário, previamente, inseri-los num único padrão linguístico. Feito isso, passemos à investigação do sentido das palavras em suas dimensões

¹²² Decreto-lei n°. 4.657, de 4-09-1942.

¹²³ ‘O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.’ (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p.90).

¹²⁴ Para esclarecer o sentido da palavra ‘interpretação’, ver: DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2014, cap. II, p.55-108.

¹²⁵ DINIZ, Maria Helena. Norma constitucional e seus efeitos. São Paulo: Saraiva, 1992, p.104-105.

¹²⁶ Arnoldo Ward e Ivo Waisberg ao comentar os artigos 47 a 49 da Lei de Falência e Recuperação de Empresas. In: (Coords.) CORRÊA-LIMA Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sergio Mourão. Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.320.

sintáticas, semânticas e pragmáticas, e ainda, para agudizar a interpretação, submetê-las às regras da lógica formal do princípio da identidade, princípio do terceiro excluído e princípio da não contradição.

Relevante lembrar as lições de Hans Kelsen, sua metáfora da moldura de significados e as duas modalidades de interpretação: a autêntica (produzida pelo juiz) e a inautêntica (feita pelos demais operadores do direito).

Reduziremos a jornada para verificar o papel dos princípios na tarefa interpretativa e o papel de coadjuvantes nesse processo. Os princípios exercem capital importância na tarefa legislativa e na atividade jurisdicional, submetendo o intérprete às suas exigências axiológicas.

Em ambos os casos, é necessário indagar o exato ou aproximado sentido das normas a serem criadas ou aplicadas. Mas a eficácia maior dos princípios se revela, em maior parte, nos casos de aplicação da lei a um caso concreto.

Para concluir estas observações sobre a natureza jurídica e a utilidade dos princípios no ordenamento jurídico podemos afirmar que, em virtude da impossibilidade de o legislador prever todas as condutas humanas – e para elas traçar uma rota de comportamentos – e da evidência de que num Estado onde exista mais de uma fonte legislativa é impossível a inexistência de normas conflitantes, é notório que somente as normas jurídicas, qualquer que seja o entendimento acerca dessa expressão, não são capazes de formatar um sistema jurídico completo, sem conflitos ou vácuos, razão pela qual é importante considerarmos os princípios como parte desse sistema normativo, face a sua plurivocidade para legitimar a tarefa hermenêutica.

Além disso, diante da diversidade legislativa existente em Estados não unitários, sempre há a possibilidade do aparecimento de antinomias. Regras conflitantes dentro do mesmo sistema. Para o conflito real não há solução possível. A aplicação de uma das regras extingue a outra. Mas existem as antinomias aparentes que podem ser solucionadas pelos métodos clássicos: hierarquia, anterioridade e especialidade.

Nos dois casos, atuam os princípios, como guias para a solução.

CAPÍTULO IV

OS PRINCÍPIOS DO DIREITO COMERCIAL

O direito comercial brasileiro sempre foi pobre em questões principiológicas. Notamos algumas poucas menções ao princípio da proteção da minoria nas sociedades anônimas, e no direito falimentar, o *par conditio creditorum*, dentre eles.

Foi somente a partir da década de 1980 que a noção de princípio começou a descolar da ideia antiga de instrumento de colmatação de lacunas, como acentuava o artigo 4º da antiga Lei de Introdução do Código Civil: ‘Artigo 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito’. Apesar de algumas construções a respeito do tema, foi somente com Fábio Ulhoa Coelho¹²⁷ que a matéria ganhou caráter sistemático. Em sua obra ‘Princípios de direito comercial’¹²⁸ praticamente criou o conceito de princípio em direito comercial desvendando nas dobras da legislação as regras de influência marcante no sistema e no âmago da construção das regras os sentimentos que presidiam a atividade legislativa do setor. Propôs uma visão principiológica do direito comercial como alguém que quer criar ordem no caos, assentando os alicerces de uma nova abordagem, a mais antiga das construções jurídicas da humanidade: o direito comercial.

Há de se louvar a expansão das civilizações fundadas em regras de comércio e sua dimensão universal ultrapassando sempre as fronteiras nacionais. A construção do direito comercial não se limita pelas barreiras artificiais da soberania como acontece com o direito constitucional, com o direito tributário ou com o direito civil e o direito penal, que padecem de limites territoriais bem definidos. As regras comerciais têm por característica a universalidade, porque o comércio não pode ser mais contido nos limites nacionais. O mundo globalizou-se impulsionado pelo comércio e as regras universais exigiram que cada ordenamento jurídico construísse as mesmas normas para disciplinar as mesmas operações. Foi assim com o *leasing*, com o *franchising*, com o *factoring*, com o *built-to-suit*, com os tratados internacionais sobre títulos de crédito e sobre propriedade intelectual e até com as regras de funcionamento de operações bancárias, como os Acordos de Basileia.

¹²⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Princípios de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹²⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. Princípios de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 2012.

E, assim, anteviu Fábio Ulhoa Coelho a necessidade de se estabelecer um marco seguro, principiológico, que orientasse, daqui por diante, a criação e a interpretação de normas específicas dos novos instrumentos comerciais e principalmente como fundamento para assentar novas operações e novas categorias negociais. Longe de ser considerado um visionário, plantou ele as diretrizes dos novos tempos. O caráter principiológico do direito comercial não é apenas uma opção, mas uma necessidade para a implantação de fundamentos seguros para o desenvolvimento das regras do comércio. Os princípios, uma vez constitucionalizados, são ‘a chave de todo o sistema normativo’ [...] ‘os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa’, explica Paulo Bonavides¹²⁹.

Segundo a clássica definição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio é um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente para definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica de lhe dá sentido harmônico.¹³⁰

Os princípios conduzem à unidade do ordenamento jurídico. Funcionam como guias para o criador, para o intérprete e para o aplicador do direito. Deixaram de ser mero instrumento de colmatação de lacunas para tornar-se um elemento aglutinador do conjunto de regras onde estão inseridos, e condicionante obrigatório das novas regras desse conjunto. Por essa razão, escolhemos o campo específico do risco do empreendimento empresarial, cujo resultado, se não devidamente combatido, será a falência ou um doloroso processo de recuperação, que na maioria das vezes em nada resulta.

Na fixação do modelo principiológico do direito comercial, o autor distinguiu entre princípios de direito comercial explícitos e implícitos, constitucionais e legais, gerais e específicos.

Princípio explícito é aquela regra estabelecida e positivada pelo legislador, e princípio implícito, aquela regra deduzida a partir de outra regra ou conjunto de regras adotadas pelo legislador ou descobertas no sentimento da coletividade. Ou seja, regras

¹²⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.255-286.

¹³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.451.

informadoras do ordenamento jurídico adotadas expressamente pela Constituição ou pelo legislador ordinário, e regras orientadoras das atividades interpretativas derivadas de outras regras explícitas ou de valores culturais sedimentados em matéria comercial.

Princípios constitucionais são os decorrentes da adoção pelo legislador constitucional da orientação desejada pela comunidade, como por exemplo, o princípio da liberdade de iniciativa ou o da função social da propriedade. Princípios legais são os inscritos em alguma parte do ordenamento que tem aplicação vaga e ampla nesse conjunto influenciando a interpretação das demais regras. A amplitude do alcance da regra faz a diferença entre princípios gerais e específicos como, por exemplo, o princípio da tripartição dos poderes ou o princípio federativo, que alcançam todas as normas deste ordenamento jurídico específico, o princípio do *pacta sunt servanda* ou o princípio do ‘não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal’, que influenciam respectivamente o direito contratual e o direito penal.

Além desses princípios apontados ou descobertos por Fábio Ulhoa Coelho, exercem influência indireta no direito comercial princípios próprios de outros ramos do direito, como os de direito constitucional (tripartição de poderes, a adoção do federalismo com autonomia municipal, a proteção ao investimento estrangeiro, a defesa dos trabalhadores), de direito administrativo (prevalência do interesse público, vinculação do agir do agente público) e até do direito penal (presunção de inocência). É dele a relação dos princípios de direito comercial, divididos entre princípios escritos explícitos e princípios deduzidos do ordenamento, os princípios implícitos. Todos de igual importância no trato da matéria comercial e que exercem a tríplice função: condicionar a atividade legislativa sobre o tema; orientar o desenvolvimento da semântica normativa e justificar as decisões judiciais.

4.1 OS PRINCÍPIOS EXPLÍCITOS DO DIREITO COMERCIAL

Princípios explícitos são aqueles que foram veiculados pela legislação anterior do mesmo ordenamento jurídico. Cada ordenamento jurídico de cada Estado soberano desenha e adota seus princípios na conformidade de sua cultura social, religiosa ou jurídica. Como é óbvio, não existem princípios universais explícitos. Muito embora o comércio, desde sempre, seja universal, responsável direto pela denominada ‘Lex Mercatoria’, cada Estado, em razão de sua soberania, adota suas próprias regras para reger a sua economia. Em muitos casos, essas legislações são coincidentes, e às vezes

até objeto de tratados internacionais (títulos de crédito, por exemplo). Outros acabam por servir de modelo tal como a recuperação de empresas no *Chapter 11* do direito norte-americano, por exemplo. Grande parte do anonimato e mercado de capitais.

No nosso específico ordenamento jurídico, estão positivados em matéria comercial os seguintes princípios:

a) o princípio da liberdade de iniciativa (Constituição Federal de 1988, artigo 170)¹³¹

A liberdade de iniciativa deriva, inexoravelmente, da sacralidade da propriedade privada, que é um dos fundamentos do capitalismo. A propriedade privada dos meios de produção faz nascer no homem o desejo e a necessidade de empreender. Todo ser humano tem dentro de si a capacidade de procurar sempre o melhor caminho para satisfazer suas necessidades. E a busca desse caminho aguça nas pessoas o espírito empreendedor.

A psicologia nos ensina que o ser humano está sempre em busca da felicidade. Conceito difícil de ser definido, a felicidade é, por assim dizer, a realização dos desejos de cada um. Estou feliz quando meus desejos se realizam e infeliz quando são frustrados. Sabemos, também, que há de nossa parte, para alcançar a felicidade, a necessidade de algum esforço nesse sentido. É a ação humana que determina o alcance ou a frustração dos objetivos. E, essa ação humana, no sentido de obtenção dos resultados desejados, não pode ser tolhida pela ordem jurídica, num regime capitalista, como decorre deste princípio.

A ação do homem e as restrições e exigências estatais, devem estar definidos de modo claro pelo ordenamento jurídico, aos quais podemos aplicar a máxima que preside as relações humanas privadas, mas, entendemos que, também, o direito público, no que tange ao empreendedorismo: ‘o direito de um termina quando se inicia o do outro’. Oliver Wendel Holmes Jr., ex-Ministro da Suprema Corte dos Estados Unidos, dizia: ‘o direito de eu movimentar meu punho acaba onde começa seu queixo’.¹³² De fato, a soberania estatal e a função social da propriedade devem ter limites perfeitamente definidos para que não atrapalhem ação privada do empreendedor. É requisito indispensável à segurança jurídica e limite objeto do arbítrio.

¹³¹ Artigo 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: [...]

¹³² GUERREIRO, Mario. Princípio supremo. Disponível em: <<https://www.institutoliberal.org.br>>. Acesso em: 01 mar. 2018. Mario Guerreiro é doutor em filosofia pela UFRJ e membro fundador da Sociedade Brasileira de Análise Filosófica.

Não é exagero dizer que a lógica de reciprocidade, que se inicia em Aristóteles e domina todas as religiões, a moral e a ética, também se apresenta nas relações econômicas, exigindo que o direito delimite as fronteiras de atuação do particular diante do poder regulatório estatal. Segundo Paul Ricoeur, a regra de ouro é um *endoxon*, ou seja, uma opinião estável, atestada pela experiência comum e conservada pelas tradições religiosas e filosóficas.¹³³ ‘Dar a cada um o que é seu’ sublima a liberdade de cada um dentro dos limites da liberdade do outro.

O princípio da liberdade de iniciativa é um limite para a ação do legislador que não pode produzir normas e regras que reduzam, no campo econômico, a atividade empresarial. Cria, na visão de alguns, um direito subjetivo coletivo. Isto é, cada um tem o direito de desenvolver qualquer atividade econômica, porque o Estado define apenas as atividades sujeitas à regulamentação, deixando um campo indefinido de atuação dos particulares.

Como consequência da adoção do princípio da liberdade de iniciativa pela Constituição Federal de 1988, importante esclarecer que ele deve harmonizar-se com os demais princípios constitucionais na medida em que possa ser evitado o conflito entre a liberdade de iniciativa e os interesses de terceiros.

O equilíbrio entre o direito individual e o interesse público tem seus fundamentos, também, no conceito platônico de liberdade, segundo o qual o homem só é livre quando sua ação se dirige para o bem. Ou seja, a realização social da liberdade econômica pressupõe preservar o interesse público. O equilíbrio entre o direito individual e o interesse público pode ser considerado um supraprincípio, ou um ‘postulado’, ‘máxima’ ou ‘imperativo’ assim denominado porque influencia todo o ordenamento jurídico onde está inserido e não, simplesmente, parte desse conjunto de normas, como só acontece com a maioria dos ‘princípios’. Esse postulado de equilíbrio entre o direito do cidadão e os interesses da coletividade, prevalecendo sempre o segundo, realiza a necessidade básica da sociedade em harmonia. No campo econômico-empresarial, os interesses do empresário ou da sociedade empresária não podem ferir os interesses (direitos) dos particulares. Por isso, essas relações são protegidas por uma legislação específica sobre relações de trabalho, consumo e meio ambiente.

¹³³ RICOEUR, Paul. O si-mesmo como um outro. Campinas: Papirus, 1991, p.256.

b) princípio da liberdade de concorrência (Constituição Federal de 1988, artigo 170, IV)¹³⁴

O princípio da liberdade de concorrência, conforme acredita Fábio Ulhoa Coelho, ‘está de tal modo ligado ao da liberdade de iniciativa, que nem sempre se distinguem. São, por vezes, aspectos diferentes da mesma regra básica de funcionamento do capitalismo’.¹³⁵

De fato, ao colocar a liberdade de iniciativa como princípio da ordem econômica, o legislador constituinte teve a obrigação de prever que dois ou mais empreendedores iriam desenvolver e explorar o mesmo ramo produtivo, razão pela qual houve a obrigação de se definir como seria a concorrência no mercado. E a escolha foi pela livre concorrência. Em outras palavras, todo empreendedor tem a liberdade, num regime capitalista, de procurar sempre desenvolver melhor sua atividade. Oferecer produtos ou serviços de melhor qualidade pelo menor preço. Esse é o espírito da competição.

Esse princípio, em âmbito constitucional, tem por consequência estabelecer a obrigação para o legislador de garantir um ambiente saudável de concorrência empresarial, evitando as práticas deletérias e prejudiciais ao bom desenvolvimento do mercado. Essa garantia é realizada pela criação de regras que impeçam e proíbam as práticas de atitudes anticoncorrenciais, que são basicamente, de dois tipos: regras que protejam o empreendedor individualmente contra práticas de terceiros (concorrência desleal); e outras que protejam o mercado como um todo (infração da ordem econômica). No primeiro caso, situam-se as regras de proteção à propriedade intelectual individual de agentes do mercado; e no segundo, as regras de proibição das práticas contra o mercado como um todo (proibição de se estabelecer monopólio, combate aos cartéis e à prática de *dumping*).

Para o bom funcionamento do mercado, em um regime de livre iniciativa e concorrência, é importante a atuação do legislador no estabelecimento de regras que realizem os objetivos constitucionais. E, servem esses princípios para orientar os julgadores nos casos de ações propostas pelos eventuais prejudicados pela prática de atos por terceiros que impeçam ou dificultem sua atuação.

¹³⁴ Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a toda existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IV – livre concorrência;

¹³⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Princípios de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 2012, p.34.

c) princípio da liberdade de associação (Constituição Federal, artigo 5º, XVII e XX)¹³⁶

O princípio da liberdade de associação, conforme o texto constitucional, estabelece mais um direito subjetivo público, que realiza o princípio da liberdade de iniciativa ao permitir que uma pessoa se una a qualquer outra para realizar interesses comuns, sem que o Estado possa se imiscuir nessa relação lícita.

São duas as consequências diretas desse princípio constitucional: a ordem jurídica não pode estabelecer óbices à livre associação para fins lícitos e, ninguém será obrigado a associar-se a quem quer que seja, e nem permanecer associado contra sua vontade ou seus interesses. E, mais: pode associar-se da forma que quiser, respeitada a legislação própria para a finalidade pretendida.

As balizas legais para a associação econômica para fins lícitos são as regras de constituição de sociedades empresárias ou simples ou mesmo associações, conforme a regra básica de constituição de sociedade: ‘celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.’¹³⁷

Todos os tipos societários estão fixados em lei, inexistindo a possibilidade de alguém conceber uma forma nova de associação. Parece, em princípio, que essa disposição legal afronta o princípio constitucional da liberdade de associação, mas em benefício do funcionamento regular do mercado, não há a possibilidade de ser diferente. Nesse aspecto, o princípio deveria ter a seguinte redação: ‘Princípio da liberdade de associação dentro dos modelos estabelecidos em lei.’

Na prática, todas as sociedades ou associações são necessariamente objeto de um registro em órgãos de controle (juntas comerciais, cartório de registro civil ou entidades de classe), que por sua vez, sugerem modelos prontos de contrato, exercendo um controle indireto da livre associação, vinculando o nascimento de novas sociedades ou associações aos modelos fixados em lei. Cada um desses modelos obedece a específicas legislações que traçam as regras de criação e funcionamento dos diversos tipos societários admitidos pelo direito, fixando os direitos e deveres dos sócios ou associados.

¹³⁶ Artigo 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: XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; XX – ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

¹³⁷ Código Civil, redação do artigo 981.

A liberdade de associação está contida, pois, dentro dos limites legais estabelecidos pelo ordenamento e só pode ser exercida de conformidade com os parâmetros legais. Em outras palavras, todos os tipos societários existentes em nosso ordenamento jurídico são tipificados.

d) princípio majoritário das deliberações sociais (Código Civil, artigo 1.010, Lei das Sociedades Anônimas, artigos 110, 115)¹³⁸

O princípio majoritário das deliberações sociais é um princípio legal, estabelecido pelo artigo 1.010 do Código Civil, que determina a prevalência da vontade da maioria nas sociedades e associações. A maioria não é de pessoas, mas de capitais. No Código Civil a regra é: ‘as deliberações serão tomadas por maioria de votos, contados segundo o valor das quotas de cada um’ e na sociedade anônima: ‘cada ação corresponde a um voto nas deliberações.’

Em razão desse princípio veda-se a possibilidade de se contratar sociedade empresária com formato diferente de deliberação sobre os negócios sociais. Há de prevalecer, sempre, a vontade da maioria, muito embora a lei preveja que as decisões devam ser tomadas em reuniões ou assembleias nas quais estará sempre assegurada a participação das minorias.

O princípio majoritário das deliberações sociais mostra outra face, a proteção ao interesse dos minoritários, na medida em que estabelece formas e quóruns qualificados para colher a vontade da maioria societária. Ao fazê-lo, restringe a manifestação da vontade da maioria, exigindo, para sua validade, condições restritivas, como, por exemplo, a impossibilidade de os controladores votarem a aprovação das próprias contas.

¹³⁸ Código Civil: Artigo 1.010. Quando, por lei, ou pelo contrato social, competir aos sócios decidir sobre negócios da sociedade, as deliberações serão tomadas por maioria de votos, contados segundo o valor das quotas de cada um. §1º. Para a formação da maioria absoluta são necessários votos correspondentes a mais da metade do capital. Lei nº. 6.404/1976: Artigo 110. A cada ação ordinária corresponde 1 (um) voto nas deliberações da assembleia-geral. §1º O estatuto pode estabelecer limitação ao número de votos de cada acionista. §2º É vedado atribuir voto plural a qualquer classe de ações; Artigo 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas. §1º o acionista não poderá votar nas deliberações da assembleia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia. §2º Se todos os subscritores forem condôminos de bem com que concorreram para a formação do capital social, poderão aprovar o laudo, sem prejuízo da responsabilidade de que trata o §6º do artigo 8º; §3º o acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido. §4º A deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia é anulável; o acionista responderá pelos danos causados e será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido.

A lei criou, tanto para as sociedades limitadas como para as sociedades anônimas quóruns diferenciados para a deliberação sobre algumas matérias. Por exemplo: unanimidade para alterar o contrato social ou estatuto. Além disso, para proteger o interesse dos sócios minoritários, veda a participação nas reuniões ou assembleias convocadas para deliberarem sobre a aprovação das contas dos sócios administradores, em razão do manifesto interesse deles no resultado da votação.

e) princípios do direito cambiário (Lei n.º. 7.357/1985, artigo 25)¹³⁹

E, por último, podemos incluir os princípios do direito cambiário, tais como: a cartularidade, a literalidade, a autonomia, a independência, a abstração, a inoponibilidade. O princípio da cartularidade supõe a existência da relação jurídica cambial inserida em plataforma cautelar ou digital cuja propriedade não possa ser contestada. Em outras palavras, o credor, para comprovar a propriedade do crédito, deve apresentar o documento, físico ou digital, para validar o seu direito.¹⁴⁰ A literalidade se traduz na comprovação do valor da transação ou do crédito pelo próprio teor do título de crédito: vale o escrito, nem mais, nem menos. O princípio da autonomia das obrigações cambiais se traduz com a plena validade da relação jurídica inserida no título de crédito, e na impossibilidade de contaminação por razões externas ao próprio título. Esse princípio é complementado pelos princípios da independência e abstração. Independente é o título, porque não precisa de nenhum outro meio de prova da sua existência e validade. E abstração representa a total desvinculação do título às causas de sua emissão. Autonomia, independência e abstração por vezes são confundidos, mas na prática, são faces da mesma moeda. Autonomia, pela higidez da relação jurídica ali existente. Independência porque o título vale por si só. Abstração, porque se desligou da relação jurídica que o criou. A inoponibilidade é decorrência do princípio da autonomia, uma vez que, o devedor, quando cobrado, não pode opor ao portador quaisquer exceções pessoais que porventura tenha contra o credor original. Diz

¹³⁹ Código Civil – Artigo 916. As exceções, fundadas em relação do devedor com os portadores precedentes, somente poderão ser por ele opostas ao portador, se este, ao adquirir o título, tiver agido de má-fé. Lei Uniforme – Decreto n.º. 57.663 de 24 de janeiro de 1966. Artigo 17. As pessoas acionadas em virtude de uma letra não podem opor ao portador exceções fundadas sobre as relações pessoais delas com o sacador ou com os portadores anteriores, a menos que o portador ao adquirir a letra tenha procedido conscientemente em detrimento do devedor. Lei n.º. 7.357/1985 – Lei do Cheque. Artigo 25. Quem for demandado por obrigação resultante de cheque não pode opor ao portador exceções fundadas em relações pessoais com o emitente, ou com os portadores anteriores, salvo se o portador o adquiriu conscientemente em detrimento do devedor.

¹⁴⁰ Os documentos digitais, que em princípio anulavam o princípio da cartularidade, traduzido na necessidade do título de crédito estar representado em papel, começam a ganhar popularidade, como é o caso das moedas digitais cuja titularidade é comprovada através do processo de *blockchain*, tecnologia utilizada para validar transações com moedas virtuais (*bitcoins*).

o Código Civil, artigo 916: ‘As exceções fundadas em relação do devedor com os portadores precedentes, somente poderão ser por ele opostas ao portador, se este, ao adquirir o título tiver agido de má-fé’, reproduzindo o disposto no art. 25 da Lei do Cheque (Lei n°. 7.357/1985, que por sua vez adotou o artigo 17 da Lei Uniforme (Decreto n°.57.663, de 24 de janeiro de 1966, que internalizou a Convenção de Genebra sobre Títulos de Crédito.

4.2 OS PRINCÍPIOS IMPLÍCITOS DE DIREITO COMERCIAL

Além dos princípios explícitos, positivados, escritos, existem regras de orientação não escritas, não positivados, e que são denominados de ‘princípios implícitos’, ou seja, derivados de outros princípios ou fundados na cultura, nos sentimentos éticos ou morais da coletividade. A demonstração da existência de princípios jurídicos não escritos, muito embora pareça uma afronta ao positivismo jurídico, deve ser entendida como um reforço a essa tese no sentido de que são manifestações de valores, oriundos da cultura jurídica ou glosa de regras escritas, que representam o caminho seguro para sua positivação. Como corolário dessa afirmação, vemos que os projetos de um novo Código Comercial consagram esses princípios, por ora implícitos.

a) princípio da função social da empresa

A função social da empresa se revela na importância que a economia deu para a garantia dos empreendimentos em razão da constatação de que qualquer atividade econômica gera empregos e tributos indispensáveis para a economia da nação.

O mundo evoluiu de uma economia agrária para uma economia industrial e mais recentemente para uma economia fundada em serviços. Basta a constatação de que as maiores empresas mundiais, atualmente, são do ramo de serviços. E, essas empresas se tornaram indispensáveis para o desenvolvimento da sociedade em virtude da expansão dos seus negócios. Na era industrial a influência da sociedade empresária se resumia ao seu entorno, e quando era um pouco maior, influenciava a região onde estava localizada. Hoje, as empresas de prestação de serviços atuam mundialmente, principalmente no mundo digital.

Do ponto de vista jurídico, o princípio da função social da empresa deriva do princípio constitucional da função social da propriedade contido nos artigos 5º, XXIII e 170, III da Constituição Federal de 1988, porque, como diz Isabel Vaz, “a empresa é a propriedade dinâmica”:

Artigo 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:

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

.....
 Artigo 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
 [...] III – função social da propriedade;

Sobre a importância desse princípio, vamos melhor estudá-lo adiante, porque é a raiz e o fundamento sobre o qual repousa o objeto deste trabalho: o princípio da inerência do risco na atividade empresarial. É exatamente sob a necessidade de se considerar importante a função social da empresa que nasce a necessidade de preservá-la e protegê-la contra os riscos inerentes a essa atividade. Ao se estabelecer, em âmbito constitucional, a observância dos interesses coletivos e sua preponderância sobre os direitos individuais de propriedade, ocorre a consequência inevitável da necessidade de se proteger os aspectos sociais da atividade empresarial, alertando o legislador e instruindo o julgador no sentido de reconhecerem os riscos inerentes à atividade empresarial e a necessidade de criar mecanismos para atenuar, na medida do possível, seus efeitos deletérios sobre a coletividade.

b) princípio da preservação da empresa

A necessidade de proteção à atividade empresarial, ou princípio da preservação da empresa, foi reconhecido na redação do artigo 47 da Lei de Falência e Recuperações (Lei nº. 11.101/2005):

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

Esse é um princípio que tem suas raízes diretamente no princípio constitucional da função social da propriedade em sua versão implícita da função social da empresa, considerada como propriedade dinâmica, e como tal sujeita a uma visão de prevalência do interesse público conforme acertado no artigo 170, III, da Constituição Federal de 1988.

Se a propriedade é dinâmica, a empresa deve ser reconhecida pelo ordenamento jurídico em sua função social e de alto interesse coletivo, o legislador não poderia deixar de colocar na redação do artigo 47 da Lei Falimentar o estímulo à atividade

econômica através de meios jurídicos de preservação da atividade empresária em detrimento dos interesses privados do empreendedor.

Veremos este princípio mais detalhadamente quando perscrutarmos as origens do objeto deste estudo: o princípio da inerência do risco na atividade empresarial.

c) princípio da autonomia patrimonial da sociedade empresária

Decorre da própria conceituação de sociedade empresária como pessoa jurídica cuja existência é distinta da dos seus membros, como preconizava o extinto artigo 20 do Código Civil de 1916 ('Artigo 20. As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros'), não reproduzido no Código Civil de 2002, e artigo 47 do atual ('Artigo 47. Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo').

Essa regra principiológica nunca foi observada, em sua integridade, pelos denominados operadores do direito por uma série de motivos, entre os quais avulta uma visão equivocada da possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica quando a sociedade empresária tem dívidas que não possam ser satisfeitas com seu próprio patrimônio e o credor busca ressarcir no patrimônio de terceiros, os sócios ou acionistas. E o engano não é só de credores privados, mas da própria legislação brasileira, que em vários dispositivos nomeia o sócio como responsável pelas dívidas da pessoa jurídica. Exemplo disso é a figura do 'responsável tributário' no Código Tributário Nacional.

A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades empresárias passou a ser aplicada em todos os casos nos quais a sociedade empresária não tinha recursos para pagar suas obrigações de qualquer natureza, e todos os juízes, com raras exceções, buscavam a satisfação do crédito no patrimônio particular dos sócios.

Foi necessário um esforço hercúleo de esclarecimento acadêmico para que a violência deixasse de ser integral e indistintamente aplicada pelo Poder Judiciário, iniciada com a feliz separação entre 'teoria menor' e 'teoria maior', feita por Fábio Ulhoa Coelho¹⁴¹ no estudo da desconsideração da personalidade jurídica, ao defender a aplicação correta da teoria da desconsideração para os casos nos quais a autonomia patrimonial da sociedade empresária foi fraudulentamente utilizada:

Em suma, a aplicação da teoria da desconsideração não importa a dissolução ou anulação da sociedade. Apenas no caso específico, em que a autonomia

¹⁴¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. v.2.18.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.70, capítulo 17.

patrimonial foi fraudulentamente utilizada, ela não é levada em conta, é desconsiderada, o que significa a suspensão episódica da eficácia do ato de constituição da sociedade, e não o desfazimento ou a invalidação desse ato. Preserva-se, em decorrência, a autonomia patrimonial da sociedade empresária para todos os demais efeitos de direito. Esse traço é a fundamental diferença entre a teoria da desconsideração e os demais instrumentos desenvolvidos pelo direito para a coibição de fraudes viabilizadas através de pessoas jurídicas. Antes da elaboração, sistematização e difusão da teoria, a repressão às irregularidades e abusos de forma significativa, via de regra, a dissolução da pessoa jurídica. Isso no caso das sociedades empresárias, importa o sacrifício da atividade econômica por elas explorada, o fim de postos de emprego, da geração de riquezas e tributos, etc. A partir da teoria da desconsideração, podem-se reprimir as fraudes e os atos abusivos sem prejudicar interesses de trabalhadores, consumidores, fisco e outros que gravitam em torno da continuidade da empresa.¹⁴²

d) princípio da irresponsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais

Em decorrência do princípio da autonomia patrimonial da sociedade empresária, e sua personalização jurídica, os sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, exceto naquelas sociedades nas quais a responsabilidade pessoal dos sócios é determinada pela lei, como ocorre nas sociedades em nome coletivo, nas sociedades em comandita para o sócio comanditado e para o empresário individual. Nas sociedades empresárias consideradas pela lei como de responsabilidade limitada, (sociedade limitada e sociedade anônima) os sócios não tem nenhuma responsabilidade pelas dívidas da sociedade. Quando muito, o administrador por ser pessoalmente responsabilizado e ter o seu patrimônio pessoal invadido pela dívida societária quando agir em desconformidade com os poderes outorgados pelo contrato social ou estatuto, ou contra expressa determinação legal. É a clássica definição do princípio do “ultra vires”. Nas sociedades empresárias de responsabilidade ilimitada, a responsabilidade pessoal dos sócios pelas obrigações sociais ainda é subsidiária, em virtude de ter a legislação brasileira adotado o princípio do benefício de ordem para os casos de responsabilidade pessoal do sócio quando demandado por dívida da sociedade, como se vê nos artigos 1.024 do Código Civil, e 795 do Código de Processo Civil:

Artigo 1.024 do Código Civil. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.

Artigo 795 do Código de Processo Civil. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei.
§1º O sócio réu, quando responsável pelo pagamento da dívida da sociedade, tem o direito de exigir que primeiro sejam executados os bens da sociedade.

¹⁴² COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. v.2.18.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.65.

Em outras palavras, a dívida da sociedade empresaria de responsabilidade ilimitada (sociedade em nome coletivo e sociedade em comandita), em virtude do instituto da personalização das pessoas abstratas (jurídicas) e a decorrente autonomia patrimonial, faz com que a responsabilidade dos sócios será sempre subsidiária. A subsidiariedade ocorre quando, por força de lei, ele deve responder por essas dívidas. Quando demandado por dívidas da sociedade tem o direito de benefício de ordem; ou seja: primeiro devem ser executados os bens da sociedade, e somente os deles, na falta dos primeiros.

Nas sociedades de responsabilidade limitada a lei prescreve a solidariedade quanto às dívidas da sociedade, quando os administradores agirem contrariamente à lei ou ao contrato social ou estatuto, por culpa ou dolo, conforme regem os artigos 43, 47, 50 e 1.016 do Código Civil:

Artigo 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

[...]

Artigo 47. Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.

[...]

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

[...]

Artigo 1.016. Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.

e) princípio da limitação da responsabilidade dos sócios

O princípio da subsidiariedade das responsabilidades dos sócios não se confunde com o princípio da limitação de sua responsabilidade. Isto, porque, a subsidiariedade decorre da responsabilidade anterior da pessoa jurídica causada pela ação do administrador sócio contra os ditames da lei ou do contrato social ou estatuto. Além disso, a limitação de responsabilidades de sócios é uma característica interna das sociedades conforme estipulações do contrato social ou estatuto. Tanto o contrato social

como o estatuto (em que pesem as opiniões divergentes) são contratos, na medida em que consubstanciam um acordo de vontades na consecução de objetivos comuns.

Na celebração desse contrato inicial e criador da pessoa jurídica, os subscritores, futuramente sócios ou acionistas, assumem certas responsabilidades e não outras. Por isso, suas responsabilidades são limitadas aos termos do contrato celebrado. Um exemplo é o ato de subscrição do capital social no qual os futuros sócios assumem a obrigação de integralizar o montante prometido. Nem mais, nem menos. E ninguém poderá exigir deles integralização superior ao montante subscrito. A lei cria mecanismos de cobrança do sócio remisso em montante exatamente idêntico ao subscrito.

De outro lado, a personalização da sociedade criada no contrato ou estatuto obriga a separação dos patrimônios. O patrimônio inicial criado pelas integralizações de capital faz a sociedade passar a ter um patrimônio próprio diferente e autônomo em relação ao patrimônio pessoal dos sócios que a criaram. É o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica.

Conforme observa Fábio Ulhoa Coelho:

A limitação da responsabilidade dos sócios é um mecanismo de socialização entre os agentes econômicos, do risco de insucesso, presente em qualquer empresa. Trata-se de condição necessária ao desenvolvimento de atividades empresariais, no regime capitalista, pois a responsabilidade ilimitada desencorajaria investimentos em empresas menos conservadoras.¹⁴³

O autor ainda destaca, sob o prisma da visão econômica do direito, que a limitação da responsabilidade dos sócios ‘possibilita a redução do preço de bens e serviços oferecidos ao mercado’, porque se a responsabilidade dos sócios não fosse limitada, evidentemente deveriam colocar no preço do produto um acréscimo para fazer face aos riscos da responsabilização.

Importante mencionar a acolhida dada pelo Código Civil de 2002 à denominada “ultra vires doctrine”, pela qual, a sociedade só vai responder pelos atos de seus administradores quando eles agirem em conformidade com a lei ou com o previsto no contrato social ou estatuto. O artigo 1.015 do Código Civil prescreve:

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

¹⁴³ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.435.

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

- I - se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade;
- II - provando-se que era conhecida do terceiro;
- III - tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade."

O Enunciado 219 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal diz: "Está positivada a Teoria Ultra Vires no Direito brasileiro, com as seguintes ressalvas: (a) o ato ultra vires não produz efeitos apenas em relação à sociedade; (b) sem embargo, a sociedade poderá, por meio de seu órgão deliberativo, ratificá-lo; (c) o Código Civil amenizou o rigor da Teoria Ultra Vires, admitindo os poderes implícitos dos administradores para realizar negócios acessórios ou conexos ao objeto social, os quais não constituem operações evidentemente estranhas aos negócios da sociedade (...)".

Mas, sua aplicação nos casos concretos tem sido "cum grano salis", diante de outro princípio tão importante quanto este: o princípio da aparência. Por ele, o terceiro de boa-fé que contrata com a sociedade, goza da presunção de que o agente representante dela está investido dos poderes para o exercício da administração. É assim a nossa jurisprudência:

"Sociedade Comercial. Aval dado por sócio gerente, em nome da firma, dentro do estabelecimento. Embora contrariando o contrato, é válida a obrigação cambial contraída com terceiro de boa-fé, ressalvada a ação da sociedade contra o sócio" (STF, RE 70969/RS, Rel. Min ANTÔNIO NEDER, DJ 06 08 76). No mesmo sentido se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça: "O ato do sócio-gerente, com violação do contrato, obriga a sociedade perante terceiro de boa-fé. Inteligência do art. 10 do Decreto n. 3.708/19. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, Resp. 1989/0012666-03, Rel. Min. Nilson Naves, DJU 13-3-90.)

f) princípio da proteção ao sócio minoritário

Que seria do sócio minoritário se a lei não lhe desse proteção quanto à possibilidade de desmandos dos sócios majoritários? Ou, sob outro prisma: quem se colocaria na posição de minoritário em qualquer empresa, se a lei não contivesse regras de proteção quanto ao abuso da posição majoritária? Por isso, prevalece em direito comercial o princípio de proteção aos minoritários como condição de existência da própria atividade econômica.

Ninguém pode subestimar a contribuição dos minoritários para o sucesso de qualquer empreendimento. Quando alguém adquire ações de uma sociedade anônima, ou simplesmente empresta seus capitais para formar uma sociedade limitada, mesmo em posição minoritária quanto ao comando da empresa, ele contribui fortemente para a economia nacional. Mesmo porque não há a menor possibilidade de uma sociedade empresária ser constituída só por sócios majoritários. Sempre haverá a figura do majoritário e do minoritário. Cumpre ao legislador traçar as regras de proteção ao investimento de maneira que o minoritário se veja incentivado a contribuir com a formação de sociedades empresariais.

Essa proteção ocorre de duas formas principais: a) restringindo o poder dos majoritários em relação aos direitos dos minoritários; e b) garantindo aos minoritários uma participação efetiva nos lucros do empreendimento. A restrição ao poder dos majoritários ocorre por meio de regras de controle do poder, como quóruns qualificados para manifestação de vontade ou impossibilidade de decisão sobre determinadas matérias. Um exemplo é a impossibilidade de mudar o objeto social ou de qualquer outra transformação da sociedade (fusão, cisão ou incorporação), exceto por decisão unânime dos sócios convocados para deliberar sobre tais propósitos. No que tange à participação nos lucros, a lei impede sua retenção abusiva e, ao mesmo tempo, determina a equalização dos resultados conforme o instrumento inicial de composição da empresa.

g) princípio da autonomia da vontade

O princípio da autonomia da vontade, em direito comercial, está umbilicalmente ligado aos princípios constitucionais da livre iniciativa (Constituição Federal, artigo 170) e o da livre concorrência (Constituição Federal, artigo 170, IV). De fato, qualquer pessoa pode desenvolver qualquer atividade econômica lícita e concorrer no mercado conforme as regras da competição.

Ao falarmos sobre autonomia da vontade, devemos lembrar que se trata de um princípio geral de direito civil, revelado principalmente na esfera do direito contratual em suas regras máximas: as partes podem escolher com quem contratar, se querem contratar ou não e o conteúdo do contrato, se lícito.

A autonomia da vontade, em direito civil, tem a limitação contida no artigo 421 do Código Civil: ‘Artigo 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato’.

Silvio Rodrigues afirma:

O princípio da autonomia da vontade consiste na prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações na órbita do direito, desde que se submetam às regras impostas pela lei e que seus fins coincidam com o interesse geral, ou não o contradigam.¹⁴⁴

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz observa:

O princípio da autonomia da vontade se funda na liberdade contratual dos contratantes, consistindo no poder de estipular livremente, como melhor convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.¹⁴⁵

No direito comercial, entretanto, o princípio da autonomia da vontade ganha aspecto diferente. As razões pelas quais um contrato pode ser invalidado por vício na manifestação de vontade de uma das partes, tradicional em direito civil, tem conformação diversa em direito empresarial. Isto porque, nesse ramo do direito, são enfatizadas as relações empresariais, o que permite uma ótica diferente do mesmo instituto. Prevalece, aqui, a prioridade da livre iniciativa, pela qual o direito reconhece constitucionalmente o direito das pessoas em explorar qualquer ramo de atividade econômica, desde que não vedado em lei. E, no exercício desse direito, pode concorrer no mercado com as armas conferidas pelo direito. É o que se denomina de ‘alocação de riscos’. O empresário ao celebrar um contrato, com a manifestação livre de sua vontade, deve prever todas as ocorrências de eventos desfavoráveis (risco) pode vir a onerar os seus encargos contratuais, afetando, por conseguinte, a rentabilidade e a eficiência do contratado. A literatura indica várias técnicas e procedimentos para a alocação eficiente dos riscos, reduzindo, assim, incertezas e, por conseguinte, diminuindo custos de transação. Se ele previu mal, deve arcar com as consequências de sua decisão. Essa é uma diferença importante no tratamento dos contratos empresariais dos contratos de outra natureza, como veremos a seguir na análise de outro princípio importante.

h) princípio da vinculação dos contratantes

No direito comercial, as relações contratuais diferem grandemente das relações contratuais privadas. Nesse campo, não há a figura da parte mais fraca num contrato e a proteção que o direito confere, por exemplo, nos contratos de adesão. Também não

¹⁴⁴ RODRIGUES, Silvio. Dos Contratos e das declarações unilaterais de vontade. São Paulo: Saraiva, 2007, p.15.

¹⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. São Paulo: Saraiva, 2008, p.23.

existem as limitações nascidas no direito privado para a fórmula romana do *pacta sunt servanda*.

No direito privado, esta diretriz romana do campo contratual foi grandemente atenuada pelo crescimento da noção de função social do contrato e do princípio da supremacia da ordem pública, dispensando-se, sem maiores problemas, o contratante do cumprimento do avençado. A revisão do contrato, que antigamente era medida extrema, passou a ser corriqueira, e qualquer um podia ir ao Poder Judiciário alegar qualquer coisa para se livrar da obrigação assumida.

No direito empresarial não deve ter relevância o argumento de uma das partes contratantes de que o contrato lhe é oneroso, pedindo ao juiz que reveja as cláusulas contratuais adotadas, porque nas relações empresariais não se justifica o equivocado cálculo de probabilidades de um negócio. Conforme afirma José Alexandre Tavares Guerreiro, ‘é preciso ter em mente que a aplicação da teoria da imprevisão deve ser limitada a casos extremos, em que a onerosidade superveniente e excessiva fuja a qualquer possibilidade de antecipação por parte de quem contrata’.¹⁴⁶

Fábio Ulhoa Coelho examinado esse mesmo princípio, pontua:

Ademais, também é insuficiente, para a revisão judicial dos contratos empresariais, a mera imprevisibilidade do fato superveniente que frustrou a expectativa de um dos contratantes. É necessário compatibilizar-se, no campo do direito contratual empresarial, a teoria da imprevisão e a regra básica de competição (que premia as decisões acertadas e penaliza as equivocadas). A revisão judicial de contrato empresarial não pode nunca servir à neutralização dos efeitos de qualquer decisão empresarial equivocada do contratante.¹⁴⁷

Esse princípio não se aplica à atividade do legislador, mas lhe serve de diretriz para ter diante de si uma contenda entre dois empresários e um deles alegar a necessidade de revisão por onerosidade subsequente, como se se tratasse de um simples contrato de natureza civil, no qual esse argumento seria possível.

O contrato é um instrumento eficaz para o controle dos riscos, pois, distribui entre as partes, ao mesmo tempo, as obrigações e os deveres, com fundamento na previsão dos riscos eventuais. Como afirmaram Saadi e Pinheiro, ‘pode ajudar os

¹⁴⁶ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. O Estado e a economia nos contratos privados. Revista de Direito Mercantil, v.31, São Paulo: RT, 1978, p.78; 87.

¹⁴⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Princípios do direito comercial. São Paulo: Saraiva, 2012, p.52.

agentes econômicos a reduzir o ônus imposto pelo risco à atividade econômica, e, desta forma, contribuir para que se chegue a uma situação mais eficiente'.¹⁴⁸

i) princípio da proteção ao contratante mais fraco

Apesar da existência de um princípio que impede a revisão simples dos contratos empresariais, dando roupagem nova à possibilidade de revisão dos contratos, não existe nenhuma contradição em se afirmar a existência de um princípio de proteção ao contratante mais fraco, porque existem contratos empresariais nos quais uma das partes é vulnerável em relação às exigências do contratante mais forte. É o que sucede, por exemplo, nos contratos de colaboração nos quais se exige uma proteção aos investimentos do colaborador, que aplica recursos para obter vantagens não imediatas, mas futuras, como é praxe nesse tipo de negócio. Os denominados “contratos em rede” que existem, por exemplo, nos contratos de franquia, merecem tratamento judicial diferente porque, à evidência, há uma prevalência do franqueador que impõe condições aos franqueados. O mesmo ocorre nos contratos denominados de colaboração, tais como: representação comercial, contrato de mandato, comissão, nos quais prevalece a vontade do contratante, impondo regras aos contratados. A regra geral dos contratos empresariais é a simetria de relações entre os contratantes, mas nesses tipos de contratos empresariais a relação é assimétrica, porque uma das partes detém o poder de condicionar a atividade do outro contratante. O princípio de proteção ao contratante mais fraco é a regra mestra nesses tipos de contratos.

j) princípio da eficácia dos usos e costumes

O direito comercial tem por característica o dinamismo do mundo onde opera e a necessidade de se adaptar às coisas novas. A adaptação às novidades consiste na necessidade de se dar uma roupagem jurídica às relações econômicas mais modernas. O direito corre atrás dos fatos. Foi assim com o instituto do arrendamento mercantil (*leasing*), com o fomento mercantil (*franchising*) e outros, entre os quais, mais modernamente, o “built to suit”, os quais começaram a ser utilizados nos negócios ainda sem previsão legislativa, exigindo um esforço dos legisladores para desenhar juridicamente os contornos dos novos negócios.

Usos e costumes se iniciaram, mudando o panorama das relações empresariais e foram regulados, como aconteceu ultimamente com o setor de transporte público e o

¹⁴⁸ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercado**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.125.

aparecimento de serviços digitais de locomoção de pessoas, como o Uber, o 99, por exemplo.

As partes criam relações de negócio e os legisladores imaginam novas regras para introduzir no ordenamento alguma regra a respeito dos novos usos e costumes. Por isso, é importante reconhecer essa atividade legislativa como orientada pelo princípio de que os novos usos e costumes não devem ser rejeitados, mas sim reconhecidos e apoiados na legislação de modo a não cercear a atividade econômica.

4.3 OS PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DA LEGISLAÇÃO FALIMENTAR

A legislação falimentar, como parte do direito comercial, também sofre da necessidade de se estudar melhor os seus princípios e enfatizar a necessidade de se dar operacionalidade aos principais vetores desse ramo do direito. Por ocasião da reforma na Lei Falimentar, que já vigorava desde 1946 (o Decreto Lei n.º. 7.661, de 21 de junho de 1946), o legislador foi influenciado por princípios implícitos nascidos na experiência de mais de 50 anos de prática, os quais serviram de norte para redigir novas regras. A experiência acumulada por inúmeros artigos acadêmicos e milhares de decisões judiciais mostrou a necessidade de serem observados novos parâmetros para a criação das novas regras. Era preciso introduzir uma visão mais adequada aos novos tempos para atender o crescente desenvolvimento do campo empresarial. O espírito dos sentimentos do pós-guerra e da insípida modernização do parque industrial, observado na transição da economia do campo para a cidade, já estava profundamente alterado no início do século XXI. Outros ventos sopravam nesse horizonte, e o legislador considerou novas diretrizes para desenhar o sistema falimentar. Dentre esses novos pensamentos, ressaltamos aqueles que contaram com o auxílio inestimável de Fábio Ulhoa Coelho, o primeiro a anunciá-los.¹⁴⁹

De fato, conforme sempre enfatizado por Fábio Ulhoa Coelho, o direito comercial era a única matéria jurídica desprovida de preocupação quanto à necessidade de se atentar para a descoberta dos princípios informadores de sua legislação que sempre apontam o norte das interpretações doutrinárias ou judiciais da matéria. Falta, conforme enfatiza o autor, um esforço nesse sentido por parte dos principais formuladores da teoria comercial.

¹⁴⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012.

Em homenagem a esses esforços, colocaremos alguns pontos de interesse para o estudo mais aprofundado dos princípios de direito comercial e sua importância metodológica.

A adoção do princípio da preservação da empresa pela legislação falimentar como veio condutor da teia de regras sobre recuperação de empresas em dificuldades – ancorada, por sua vez, no princípio constitucional da função social da empresa, deduzido a partir do trabalho de Fábio Konder Comparato sobre a função social da propriedade foi o *leitmotiv* da nova lei de falência, que acabou com o instituto das concordatas e introduziu o novo sistema de recuperação de empresas.

Além das inovações trazidas pela lei e que muito visaram contribuir para um novo desenho da matéria falimentar no direito brasileiro, a adoção do princípio da preservação da empresa teve em seu bojo a diferenciação absoluta entre a empresa e o empresário. O empresário era o grande destaque e principal motivador da antiga lei falimentar cujas normas giravam em torno da sua figura. Com a diferenciação entre a atividade de coordenação das forças produtivas em torno de um objeto definido e o seu agente, o direito falimentar brasileiro deu um salto tecnológico na solução das empresas inviáveis que atravancavam a economia, frustrando principalmente os trabalhadores e suas famílias cujo sustento dependia do sucesso empresarial. O efeito devastador de uma concordata preventiva para trabalhadores, fornecedores e para o Estado era bastante conhecido e já tinha ganhado a alcunha de ‘a indústria da concordata’, de triste memória.

Fábio Ulhoa Coelho identifica¹⁵⁰ os princípios típicos da matéria falimentar: a) o princípio da preservação da empresa; cujo estudo faremos adiante colocando-o como fonte próxima do princípio da inerência do risco da atividade empresarial, objeto central deste trabalho; b) princípio do impacto social da crise da empresa; c) princípio da transparência nos processos falimentares; d) princípio do tratamento paritário dos credores; e) outros princípios de menor amplitude, específicos para um grupo definido de regras, tais como: eliminação rápida das empresas inviáveis, proteção dos trabalhadores, redução do custo de crédito, celeridade processual, segurança jurídica, participação ativa dos credores, preservação do valor dos ativos falido, e desburocratização para microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP).

¹⁵⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Princípios do direito comercial. São Paulo: Saraiva, 2012, p.56.

a) o princípio da inerência do risco na atividade empresarial

O objeto deste estudo será melhor detalhado em capítulo próprio, porque, antes, e para melhor compreendê-lo, na categoria dos princípios implícitos, devemos conceituar o que entendemos por ‘risco’ sob o prisma do mercado e das regras econômicas, para, depois de bem compreender do que estamos falando, assentar as premissas para o entendimento do princípio da inerência do risco, sua conceituação e principalmente as consequências do seu prévio reconhecimento nas questões empresariais.

b) o princípio do impacto social da crise da empresa

O princípio da inerência do risco, enfim, faz surgir para o direito outro princípio, tão ou mais importante, o ‘princípio do impacto social da crise da empresa’, enunciado por Fábio Ulhoa Coelho e explicado pela metáfora dos três círculos.

É útil a imagem de três círculos em torno da empresa – a exemplo das elipses representantes dos movimentos dos planetas ao redor do sol. No círculo mais próximo ao centro, estão representados os interesses dos empresários; mas não somente os deles, como também os dos sócios da sociedade empresária, dos investidores estratégicos, acionistas do bloco de controle e, nas companhias com elevado nível de dispersão acionária, os dos administradores graduados.

No segundo círculo, o mediano, representam-se os interesses dos *bystanders*; dos trabalhadores (voltados à preservação de seus empregos e melhoria do salário e nas condições de trabalho), dos consumidores (que precisam ou querem os produtos ou serviços fornecidos pela empresa), do Fisco (cuja arrecadação aumenta em relação direta com o desenvolvimento da atividade econômica), dos fornecedores de insumos (empresas-satélites, muitas delas exploradas por micro, pequeno ou médios empresários), dos investidores não sofisticados no mercado de capital (se a empresa é explorada por companhia aberta) e dos vizinhos dos estabelecimentos empresariais (normalmente beneficiados com a valorização do entorno).

No terceiro círculo, o mais extenso, são representados os interessados metaindividuais coletivos ou difusos da coletividade, ou seja, o de todos os brasileiros (favorecidos em caso de plena eficácia dos princípios de direito comercial, pelo decorrente barateamento geral dos preços), a economia local, regional, nacional e global (com o desenvolvimento que, afinal, é a soma dos desenvolvimentos das respectivas empresas).

A crise na empresa, se não debelada a tempo ou não equacionada com os recursos colocados pela lei (recuperação judicial ou extrajudicial), traz graves consequências para todos quantos são envolvidos na atividade, de forma direta (empregados, sócios ou investidores) ou de forma indireta (os fornecedores, o Fisco ou os consumidores), razão pela qual convém dar maior atenção a esse novo princípio extraído por Fábio Ulhoa Coelho no estudo das repercussões da crise da empresa.

O princípio maior, constitucional, da função social da empresa traz, como consequência, a necessidade de preservar a atividade empresarial, tal qual desenhado no artigo 47 da Lei de Falência e Recuperações, e que tem sido de enorme valia e empregabilidade nos casos em que se chocam os interesses individuais dos credores com os interesses da comunidade.

A função social da propriedade é um dos princípios constitucionais (artigo 170, inciso III) inseridos no texto da Ordem Econômica e Financeira, que representa um contraponto ao capitalismo cuja pedra fundamental é a propriedade privada. A única restrição antiga da possibilidade de desapropriação por interesse social foi alargada para um conceito vago de função social, cujo conteúdo pode servir de pretexto, inclusive, de desrespeito ao sagrado direito da propriedade privada, objeto de desejo do socialismo. Por isso, num regime capitalista é necessário e importante fincar os limites do princípio da função social da propriedade para evitar os exageros de governos populistas irresponsáveis como já tivemos em época não muito remota e cujos ventos sobram na América do Sul, no triste exemplo da Venezuela. O mesmo risco existe no conceito de função social da empresa, a propriedade dinâmica no dizer de Isabel Vaz. A economia capitalista gira em torno da empresa. É somente a empresa que pode produzir riquezas, gerar empregos, pagar tributos e fazer a prosperidade de uma nação.

A noção de função social da propriedade, na visão socialista, permite concluir o aproveitamento forçado de propriedades improdutivas ou não utilizadas pelos proprietários, ‘justificando’ a invasão e a ocupação de espaços por aproveitadores. A interpretação dada ao princípio serviu de pretexto para a restrição forçada do uso da propriedade privada. Criminosos travestidos de movimentos populares promovem invasões e ocupações de bens particulares como se isso fosse um direito derivado da Constituição Federal.

Não se pode permitir que o mesmo raciocínio seja aplicado à função social da empresa porque esta interpretação é um risco sério para a economia do país, quer seja

tomada a sociedade empresária pelos desafortunados, quer seja pretexto para a intervenção governamental.

Função social da empresa quer dizer outra coisa. Representa a importância da atividade empresarial para a economia e para a sociedade, exigindo do governo a facilitação da livre iniciativa, o estímulo à concorrência, à coibição dos meios de concorrência desleal e a tentativa de estabelecer monopólios, à redução da burocracia, à equalização tributária, e especialmente, à criação de meios adequados para se superar a crise empresarial.

Deve ser o reconhecimento legal da importância da empresa, do empresário, do investidor na produção do bem-estar social, criando postos de trabalho, remunerando adequadamente o trabalhador, pagando os seus tributos em dia, agindo, além do seu específico objeto social, na coletividade na qual se insere. Isto é a função social da empresa. É o reconhecimento de que a empresa deve ser estimulada e amparada para que, produzindo riquezas, exerça papel relevante na comunidade.

Nesse raciocínio se ampara o princípio da preservação da empresa, veiculado pelo artigo 47 da Lei Falimentar. É uma diretriz para a atividade legislativa e para a atividade judiciária, na medida em que impõe a esses agentes públicos a direção de sua ação no sentido de, entre os interesses particulares de credores, do fisco, ou do empresário, primeiro atender à manutenção da fonte produtora.

O risco da atividade empresarial é fator a ser considerado no trato com os empreendedores, especialmente atenuá-lo o máximo possível, de modo a não interferir significativamente na produção econômica. As causas da crise são conhecidas e se não debeladas em tempo oportuno difundirão os seus efeitos, primeiro na própria empresa e, depois, na coletividade.

E isto deve ser feito e sempre lembrado pelos malefícios surgidos do impacto social da crise da empresa. A empresa em crise não abre novos postos de trabalho, atrasa o pagamento de salários, sonega ou atrasa o pagamento de tributos, não liquida dívidas com fornecedores e causa repercussões negativas na coletividade em que atua.

A crise da empresa em um ambiente econômico saudável fica contida nos limites de sua atuação, mas quando a crise da empresa é resultado de problemas econômicos estruturais, o resultado é catastrófico. Quando a empresa entra em crise, as primeiras consequências são demitir empregados, postergar obrigações tributárias e, por último, inadimplir obrigações com fornecedores. Demitir empregados e fechar postos

de trabalho causam desemprego que, por sua vez, levam à retração na economia porque o trabalhador sem salário não consome. A escassez de consumo retrai a produção porque o produtor não consegue escoar seus produtos. A retração da produção, por sua vez, reduz a arrecadação de tributos impedindo investimentos.

c) o princípio da transparência nos processos falimentares

O processo de falência e o processo de recuperação judicial são muito diferentes muito embora tenham partes em comum, como a forma de administração e o processo de verificação dos créditos. E são diferentes porque almejam resultados diferentes. Na falência o objetivo é a liquidação do ativo do devedor e o pagamento classificado dos credores; enquanto na recuperação judicial o objetivo é a aprovação de um plano pelos credores e sua execução rumo ao saneamento da empresa em crise.

Em ambos os processos, todos os atos devem ser participados pelos envolvidos, de forma que dois objetivos sejam alcançados: o pleno conhecimento dos custos do processo pelas partes envolvidas, auxiliando as decisões do empenho ao processo; e a participação no equacionamento de decisões estratégicas na recuperação judicial para os envolvidos e dos interessados nos ativos no processo de falência.

d) o princípio do tratamento paritário dos credores

A falência é

um processo de execução específico, contra empresário ou sociedade empresária insolvente, instaurador de comunhão incidental organizada entre todos os credores, por direitos e obrigações de ordem privada, com a finalidade de legitimá-los à participação e a concorrerem à final liquidação classificada dos bens daquele.¹⁵¹

Os credores, devidamente habilitados no processo falimentar, concorrem, igualmente, ‘à final liquidação classificada’ dos bens do ativo já transformados em espécie. O tratamento paritário dos credores significa que eles serão organizados de acordo com os seus privilégios e garantias, e que na mesma classe serão tratados igualmente.

É o aforismo *par conditio creditorum* de criação romana, quando os credores passaram a concorrer sobre o patrimônio do devedor, e houve a necessidade de se organizar alguma forma de pagamento sem a injusta prevalência de uns sobre os outros.

¹⁵¹ Definição proposta pelo Professor Rocha Azevedo, nas aulas de mestrado em direito comercial, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), em 1976.

e) princípio da eliminação rápida das empresas inviáveis

Com a substituição dos meios de recuperação de empresas – antes operacionalizada pelo sistema de concordata preventiva (pelo qual o devedor impunha aos seus credores a postergação dos pagamentos de sua dívida junto ao parcelamento de seus valores), denominado pela doutrina de ‘favor legal’ – através de um processo participativo dos prejudicados na formulação dos meios e da política de superação das crises – acelerou-se o processo de saneamento do mercado.

As empresas que não tivessem condições mínimas de recuperação teriam suas falências decretadas mais rapidamente. Desapareceu o prazo de dois anos, previsto na lei antiga para o processamento da concordata preventiva, no qual a empresa inviável permanecia num ‘limbo’ operacional, prejudicando toda a coletividade na qual estava inserida. Desapareceu, ainda, o fantasma da concordata suspensiva. Foi aniquilada a ‘indústria da concordata’, comandada por escritórios especializados na composição extra-autos de aquisição de créditos por valores ridículos, concretizando o prejuízo dos credores. Prevaleceu o espírito saneador também no trâmite mais eficiente do processo falimentar, acabando com as intermináveis habilitações de crédito, e o quase impossível sistema de verificação dos créditos.

A conscientização de que a demora do processo prejudicava grandemente todos quantos eram colhidos na interminável aventura judicial, causada pela adoção dessa diretriz na concepção da nova lei, representa um grande passo na higienização do mercado.

f) princípio da proteção dos trabalhadores

A questão dos trabalhadores, principalmente no processo falimentar, era uma fonte de procedimentos fraudulentos. Não raras vezes, empregados fictícios apareciam relacionados no quadro geral de credores, em detrimento dos verdadeiros credores da massa falida. De outra parte, os trabalhadores menos qualificados eram colocados em igualdade de condições com os de maior remuneração e maior crédito no processo falimentar.

Para resolver esse tipo de problema, o legislador optou por aplicar o princípio aristoteliano da igualdade, tratando desigualmente os desiguais de acordo com as suas desigualdades. E, assim, os trabalhadores foram divididos em três diferentes classes: a) os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por

trabalhador, serão pagos tão logo haja disponibilidade em caixa (redação do artigo 151 da Lei n.º. 11.101/2005); b) créditos trabalhistas limitados a 150 salários mínimos por credor (artigo 83, I); e c) saldo dos créditos trabalhistas que ultrapassarem esse limite serão pagos junto aos créditos quirografários (artigo 83, VI, b).

g) princípio da redução do custo de crédito

O custo do crédito bancário tem por dimensão o risco embutido nessas operações. Em outras palavras, se o recebimento é garantido, o valor dos encargos é menor, mas se o retorno é duvidoso, as taxas de juros cobradas são maiores quanto maiores forem as incertezas. A antiga Lei Falimentar era causa de aumento das taxas de juros cobradas pelos bancos porque qualquer empresa apresentava alto risco ao procurar resolver suas crises por meio do instituto da concordata. E, o que era pior, os processos falimentares eram eternos e não havia nenhuma certeza de recebimento de qualquer coisa quando a falência era decretada.

A partir das novas regras passou a existir uma participação maior dos credores no processo de recuperação e maior agilidade nos processos falimentares. Os riscos de não recebimento são menores e, por consequência, há aplicação de taxas menores aos créditos concedidos em face do aumento da segurança.

h) princípio da celeridade processual

Importante destacar as inovações no prazo de tramitação dos processos, tanto o da recuperação, como o da falência. Duas delas merecem destaque no que tange à celeridade processual: o novo sistema de verificação dos créditos e a formação do Quadro Geral de Credores; e a imediata realização do ativo na falência.

Pelo novo sistema de verificação e habilitação dos créditos (artigos 7º a 20 da Lei n.º. 11.101/2005) no prazo de 60 dias, após a publicação do edital previsto no artigo 52, §1º, para a recuperação judicial, ou no artigo 99 em caso de falência, deverá estar pronto o Quadro Geral de Credores. Não existe mais a formação de processos incidentais de habilitação de crédito, substituído pela obrigatoriedade de apresentação do rol de credores no prazo de 5 (cinco) dias pelo devedor. (inciso III do art. 99 da LFR).

E a realização do ativo não mais aguardará a publicação do Quadro Geral de Credores, como era feito na lei revogada, mas será iniciada tão logo completada a arrecadação dos bens (artigo 139).

Á unificação do procedimento de verificação dos créditos e a imediata alienação dos bens da massa falida ativa, junta-se a exclusão do procedimento criminal no juízo da falência, conforme o disposto em seu artigo 200, que revogou as disposições dos artigos 503 a 512 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, o Código de Processo Penal, que tratavam “do processo e do julgamento dos crimes de falência”.¹⁵²

i) princípio da segurança jurídica

O conceito de segurança jurídica foi exemplarmente desenhado por Humberto Ávila:

Deus implantou em todos os seres vivos o instinto da autopreservação. Por isso, entre todos os homens e povos, o medo da morte, o ansioso desejo de proteger a vida e seus bens da destruição. Essa ideia de segurança é a origem do desenvolvimento e de todas as capacidades humanas, de toda a civilização. Ela capacitou o homem pré-histórico a conseguir se defender com utensílios de pedra contra ursos agressores; a construir aterros e muros para a proteção da casa, do acampamento ou, como as fronteiras germânicas ou como a Grande Muralha da China, para a proteção do país. O conceito de segurança foi assim o pai da Arte, da Arquitetura, da construção das cidades. Para a proteção da vida e da saúde, atingiu a ciência médica o seu impressionante desenvolvimento com a Biologia, a Bacteriologia e a Higiene, do mesmo modo como seus satélites, envolvendo todas as ciências naturais. Para a proteção contra homens inimigos, surgiu a espada, o utensílio de guerra; para a proteção contra prejuízos econômicos futuros, desenvolveram-se a poupança, o ente de provisão e de seguridade. O coroamento da ideia de segurança é, porém, o Estado e, acima de tudo, triunfa o Direito. Não apenas a vida e bens terrenos são dominados pelo instinto de segurança da Humanidade. Ele é também a origem de todas as religiões. O medo das forças da natureza e da morte conduziu à crença no desconhecido, em deuses e demônios, em diabos e anjos. Quanto mais próximo do estado primitivo, mais religioso o homem. Sabido que muitos abandonaram suas famílias e obrigações, que a vida e a pátria lhes impunham, e se mudaram para os desertos ou para celas de mosteiros, de modo a levar sua vida com religiosidade e devoção para a segurança da sua salvação. (Franz Scholz, *Die Rechtssicherheit*, Berlin, Walter de Gruyter, 1955, p.1).

O Direito é, por excelência, acima de tudo, instrumento de segurança. Ele é que assegura a governantes e governados os recíprocos direitos e deveres, tornando viável a vida social. Quanto mais segura uma sociedade, tanto mais civilizada. Seguras são as pessoas que têm certeza de que o Direito é objetivamente um e que os comportamentos do Estado ou dos demais cidadãos dele não discrepam.¹⁵³

Todos reconhecem que em um Estado civilizado somente o direito confere aos cidadãos um sentimento de segurança. Ao desenhar regras falimentares conforme as tendências mais observadas no mundo, o legislador pátrio conseguiu imprimir um grau

¹⁵² No Estado de São Paulo, a Lei de Organização Judiciária foi alterada com a edição da Lei Estadual nº. 3.947/83, que atribuiu ao juízo da falência competência para o julgamento dos crimes falimentares, tanto para a Capital como para o interior.

¹⁵³ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.180-181 apud ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica entre permanência mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p.5.

de confiança no mercado, assegurando a possibilidade de superação das crises que afetam o setor empresarial e livrando, mais rapidamente, o mercado das empresas inviáveis.

j) princípio da participação ativa dos credores

No novo desenho da recuperação, e mesmo na modernização dos ritos falimentares, houve a deliberada inclusão dos credores no processo, não mais como agentes passivos, como era outrora, mas participantes do processo através da composição de uma Assembleia de Credores com poderes para deliberar sobre os meios mais adequados para a superação da crise empresarial (artigos 35 e seguintes da Lei). No processo da recuperação judicial e mesmo no processo da falência, os credores estarão presentes, acompanhando o inteiro desenrolar dos atos processuais através do Comitê de Credores (artigo 26 da Lei).

k) princípio da preservação do valor dos ativos falido

Antigamente, em face da demora na elaboração do Quadro Geral de Credores, a realização do ativo começava tardiamente, e muitos dos bens se perdiam no tempo, corroídos, desatualizados ou defasados no tempo. A questão era mais aguda quando a massa falida era composta de bens perecíveis ou de difícil comercialização, e da inevitável correção de valor pelo decurso do tempo necessário para sua liquidação.

Com a antecipação da realização do ativo para o fim da arrecadação, conforme artigo 139 da Lei ('Logo após a arrecadação dos bens, com a juntada do respectivo auto ao processo de falência, será iniciada a realização do ativo'), o valor dos bens do ativo são preservados em favor dos direitos da coletividade de credores que concorrem na falência.

l) princípio da desburocratização para microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP)

Em decorrência do princípio inserido na Constituição Federal de 1988, pela redação dos artigos 170, IX e 179, as microempresas e as empresas de pequeno porte ganharam uma nova categoria no rol das sociedades empresárias:

Artigo 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 de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e

administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º.6, de 1955).

Artigo 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.

Em 1942, em decorrência do esforço de guerra que se fazia nas indústrias dos Estados Unidos, e diante da desigualdade existente entre as grandes e as menores empresas, o Congresso Americano aprovou o *Smaller War Plants Corporation – SWPC*¹⁵⁴, que previa uma série de vantagens para as empresas de pequeno porte. No Brasil, antes da Constituição de 1988, houve a promulgação da Lei n.º.7.256, de 27 de novembro de 1984, denominada Estatuto da Microempresa, concedendo tratamento diferenciado para as pequenas empresas na área tributária, trabalhista e creditícia.

A legislação falimentar não ficou indiferente a esse tratamento privilegiado e introduziu na lei de regência, originalmente, apenas a possibilidade das microempresas e empresas de pequeno porte optarem por uma forma simplificada de recuperação judicial, como previsto nos artigos 70 e 71 seguintes:

Artigo 70. As pessoas de que trata o art.1.º desta Lei e que se incluam nos conceitos de microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos da legislação vigente, sujeitam-se às normas deste Capítulo.

§1º As microempresas e as empresas de pequeno porte, conforme definidas em lei, poderão apresentar plano especial de recuperação judicial, desde que afirmem sua intenção de fazê-lo na petição inicial de que trata o artigo 51 desta Lei.

§2º Os credores não atingidos pelo plano especial não terão seus créditos habilitados na recuperação judicial.

Art. 71. O plano especial de recuperação judicial será apresentado no prazo previsto no art. 53 desta Lei e limitar-se á às seguintes condições:

I - abrangerá todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, excetuados os decorrentes de repasse de recursos oficiais, os fiscais e os previstos nos §§ 3º e 4º do art. 49; (Redação dada pela Lei Complementar n.º 147, de 2014)

II - preverá parcelamento em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas, acrescidas de juros equivalentes à taxa Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, podendo conter ainda a proposta de abatimento do valor das dívidas; (Redação dada pela Lei Complementar n.º 147, de 2014)

III – preverá o pagamento da 1ª (primeira) parcela no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da distribuição do pedido de recuperação judicial;

IV – estabelecerá a necessidade de autorização do juiz, após ouvido o administrador judicial e o Comitê de Credores, para o devedor aumentar despesas ou contratar empregados.

¹⁵⁴ Smaller War Plants Corporation – SWPC. Oxford University Press Print Publication, 2001.

Parágrafo único. O pedido de recuperação judicial com base em plano especial não acarreta a suspensão do curso da prescrição nem das ações e execuções por créditos não abrangidos pelo plano.

A medida teve por finalidade facilitar a vida financeira das MEs e EPPs diante do eventual custo de um processo de recuperação regular. É preciso se atentar para o fato de que a utilização das prerrogativas criadas pelos artigos citados é opcional e não obrigatória, podendo as MEs e EPPs optarem pelo processo normal de recuperação judicial.

Posteriormente a Lei Complementar n°. 147/2014 inseriu a alínea ‘d’, ao artigo 83, IV, da Lei n°.11.101/2005, passando a crédito de privilégio especial ‘aqueles em favor dos microempreendedores individuais, das microempresas e das empresas de pequeno porte’, e incluiu na composição da Assembleia Geral de Credores a classe IV composta de MEs e EPPs:

Artigo 41. A assembleia-geral será composta pelas seguintes classes de credores:

I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho;

II – titulares de créditos com garantia real;

III – titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados.

IV – titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Assim, além de contribuir para a desburocratização da vida das micro e pequenas empresas, os princípios que informaram a criação do novo sistema falimentar continuam a ser alimentados pela necessidade de sempre se criar incentivos para o exercício da atividade empresária, para o bem da economia do país.

CAPÍTULO V

A ATIVIDADE EMPRESARIAL E O RISCO

As forças do mercado, no regime capitalista, agem movidas, de um lado, pela concorrência negocial e pela busca do máximo lucro pelo empresário e, de outro, pelos humores dos consumidores e pelo estágio de desenvolvimento da sociedade. São quatro as condições que compõem o cenário no qual irá se desenvolver o drama do empreendedor: concorrência, lucro, mercado e tecnologia.

A livre concorrência é um dos fundamentos da sociedade capitalista e revela duas vertentes principais: de um lado a possibilidade de todos se dedicarem às atividades econômicas, observadas as restrições legais como, por exemplo, a proibição do exercício de atividades ilícitas (contrabando, exploração de prostituição, comércio de drogas); de outro lado, é necessária uma legislação forte no sentido de não permitir atividades anticoncorrenciais (concorrência desleal, contrafação, infrações ao direito intelectual e dominação econômica do mercado).

A busca do lucro, por sua vez, é o *leitmotiv* (do alemão, significa *motivo condutor*) da atividade econômica. Se não houvesse a possibilidade de se auferir lucro nessa atividade, ninguém aplicaria seus capitais em nenhum empreendimento. O lucro é a mola propulsora do capitalismo.

Os humores do consumidor, por seu lado, determinam o sucesso ou o fracasso de qualquer negócio, independentemente de qualquer outra condição. São célebres os casos de *fake news* (do inglês, significa ‘notícias falsas’) da Coca-Cola e do McDonald’s cujas vendas despencaram por conta de fotos divulgadas na internet exibindo garrafas de Coca-Cola com insetos em seu interior ou da divulgação falsa de que os hambúrgueres do McDonald’s eram feitos de minhocas. Quaisquer boatos espalhados sobre alguma empresa ou produto devem ser prontamente desmentidos e ter seus culpados penalizados pela conduta criminosa. Do contrário, o consumidor passará a rejeitar seus produtos ou serviços.

O estágio de desenvolvimento da sociedade é outro elemento de grande importância no dimensionamento do risco empresarial. Nas sociedades mais atrasadas, o empresário ainda é considerado um criminoso, explorador, como visto em quase todas as legislações falimentares do mundo que, como a nossa, mantém uma seção inteira dedicada a crimes falimentares.

A influência desses fatores na atividade econômica acontece, como não podia deixar de ser, com a observância das regras impostas pelo sistema normativo específico em que atuam: ‘Os agentes econômicos podem livremente mover-se entre as regras traçadas pelas regras jurídicas cogentes.’¹⁵⁵

A concorrência livre é desejada pela ordem jurídica e pelo mercado, constituindo-se mesmo em um importante princípio constitucional (Constituição Federal de 1988, artigo 170, IV). Segundo Fábio Ulhoa Coelho, ‘o princípio da liberdade da concorrência está, de tal modo, ligado ao de liberdade de iniciativa, que nem sempre se distinguem. São, por vezes, aspectos diferentes da mesma regra básica de funcionamento eficiente do capitalismo’¹⁵⁶. A livre iniciativa, como princípio constitucional, tem sua expressão no inciso IV do artigo 1º da Constituição Federal de 1988:

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;

E no §1º do artigo 170, com a seguinte expressão:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
I – soberania nacional;
II – propriedade privada;
III – função social da propriedade;
IV – livre concorrência;
V – defesa do consumidor;
VI – defesa do meio ambiente;
VII – redução das desigualdades regionais e sociais;
VIII – busca do pleno emprego;
IX – Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.
Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Conforme explica Fábio Ulhoa Coelho, é como se fora outra expressão do princípio da livre concorrência, e ambos reforçassem o princípio maior do afastamento

¹⁵⁵ FORGIONI, Paula Andréa. Princípios constitucionais econômicos e princípios constitucionais sociais. Revista do Advogado n°.117, out. 2012, XXXII.

¹⁵⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Princípios de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 2012, p.34.

do Estado das atividades econômicas por meio da adoção pelos constituintes do regime jurídico-econômico do capitalismo, conforme o artigo 173 da Carta:

Artigo 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.

Se o Estado soberano adotou como regime econômico o capitalismo, como vimos espelhado em todos os princípios enunciados nos artigos 1º, 5º e 173 da Carta, sua contra face são os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, inexistentes nos estados totalitários.¹⁵⁷

Por sua vez, a busca pelo melhor lucro é o que anima a atividade empresarial e possibilita o incremento da atividade econômica.¹⁵⁸ Além do aspecto de ser indispensável à atividade empresarial e seu desenvolvimento, exerce um papel relevante na manutenção do próprio Estado, pois sobre essa atividade empresarial incide a maioria dos tributos.

A atividade empresarial tem entre seus marcadores o perfeito atendimento ao público alvo. O consumidor, identificado como freguesia ou clientela, é quem vai, em última análise, definir o sucesso ou o fracasso de um empreendimento. Nas boas relações de consumo reside o desenvolvimento do empreendedorismo. Qualquer atividade empresarial se inicia por um estudo detalhado do mercado no qual se irá atuar e dos humores dos consumidores dessa coletividade. Vender geladeira no Polo Norte ou pente para carecas nunca será uma boa ideia.

Outra influência decisiva para o empreendimento é a escolha de uma atividade coerente com a atualidade. O desenvolvimento de uma sociedade é diretamente proporcional à sua atividade econômica e vice-versa. Nas sociedades mais rudimentares a atividade empresarial também é rudimentar, enquanto nas sociedades desenvolvidas, a

¹⁵⁷ FARIA, Werter Rotunno. Constituição econômica, liberdade de iniciativa e concorrência. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990. '[...] as normas de defesa de concorrência não se aplicam a nenhuma empresa-órgão gerida pela União, nem as que executam serviços públicos, estrito senso, sob a titularidade dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Aplica-se, todavia às empresas-órgãos de natureza industrial e comercial que operam em regime de concorrência, administradas pelos Estados, pelo Distrito Federal e os Municípios. Excetuam-se os organismos federais, porque não se concebe a União como sujeito passivo das normas que promulga para proteger o mercado contra as práticas comerciais restritas'.

¹⁵⁸ 'O lucro de uma empresa depende não somente de seu posicionamento estratégico e de seu histórico ou experiência em uma nova tecnologia, mas também do posicionamento estratégico de outras empresas. Por exemplo, uma grande concentração de empresas adotando uma tecnologia semelhante pode reduzir o lucro individual, dado o menor diferencial competitivo ou dada a maior oferta de produtos.' (KIMURA, Herbert; MOORI, Roberto Giro; ASAKURA Oscar Kenjiro Norimassu. Análise da difusão tecnológica usando algoritmos genéticos similares. Revista de Administração de Empresas v.45, n.º.3, São Paulo, FGV, jul-set. 2005).

atividade empresarial é mais complexa. Essa complexidade se traduz em problemas de concorrência e de conquista do mercado. Ela influencia grandemente a obtenção de lucro pelos empreendedores e, por consequência, seu sucesso e desenvolvimento. O empreendedor deve estar atento às necessidades do mercado e ao esgotamento de outras delas. Isto, porque, investir em atividades ultrapassadas resulta em certo e definitivo fracasso.

Cumpridas essas premissas, importante ressaltar que o empreendedor, ao iniciar uma atividade empresarial, tem sempre grandes objetivos: obter sucesso na atividade, reconhecimento nacional ou até mundial para sua empresa e auferir enormes resultados econômicos. Sabe, também, que o caminho que se inicia não será fácil porque o sucesso não depende somente dos seus esforços. Existem condicionantes a serem enfrentadas e vencidas. Dentre elas, a atuação dos concorrentes e a preferência da clientela. Na busca pelo lucro, o empreendedor irá utilizar todos os meios legais (às vezes, não tão legais assim), para se destacar entre os concorrentes e conquistar o consumidor. Este, por sua vez, procura sempre o melhor produto, aquele que atenda suas necessidades pelo menor preço, ou pelo preço que pretenda pagar pelo produto.

Em razão dessas circunstâncias, a atividade empresarial é sempre uma atividade que traz em si o risco do insucesso. O risco do negócio faz parte da atividade empresarial, razão pela qual o direito se preocupa em criar condições para adequar a atividade empresarial em parâmetros que satisfaçam à necessidade dos empresários e às exigências da vida em sociedade. O regramento desses comportamentos visa, de um lado, incrementar a atividade empresarial e, de outro, proteger os empresários de suas vicissitudes no relacionamento negocial, o trabalhador nas suas necessidades e o próprio Estado quanto à arrecadação de tributos.

O conjunto de regras criadas pelos legisladores, que compreendem desde a proteção do funcionamento do mercado (firmando condições para evitar a concorrência predatória e o abuso do poder econômico) até os meios para solucionar eventuais crises da atividade empresarial (estabelecendo processos para recuperar a atividade e proteger terceiros atingidos direta ou indiretamente por essas crises, como fornecedores, empregados, consumidores e proteger a arrecadação de tributos) forma um subsistema normativo que pode ser didaticamente denominado de direito empresarial.

As regras jurídicas que o compõem dentro do sistema jurídico maior de um Estado de Direito devem ser harmônicas, sem lacunas nem antinomias; devem

funcionar de maneira uniforme na solução dos conflitos surgidos em razão do embate de interesses entre seus atores. Para obter essa necessária harmonia e a indispensável coesão entre as normas desse subsistema existem normas de alcance mais amplo do que a simples imputação de um ‘dever-ser’ entre duas ou mais pessoas, os quais a doutrina denomina ‘princípios’.

Conforme argumenta Fábio Ulhoa Coelho:

Os princípios jurídicos são regras de conduta, como todas as demais normas componentes do ordenamento vigente num país. Caracteriza-os a extensa proporção de seu âmbito de incidência, de modo a servirem de elementos informadores da interpretação das demais normas jurídicas e à solução de lacunas.¹⁵⁹

Só podemos falar de atividade empresarial em um regime de livre comércio. Em qualquer sociedade na qual prevaleça a intervenção estatal no domínio econômico a atividade empresarial será necessariamente controlada, a concorrência suprimida e o mercado condicionado à diretriz política. Por isso, essa necessidade de estabelecermos uma moldura às nossas preocupações, ficando, inicialmente, a ideia de que a atividade empresarial sadia só se desenvolve em um sistema de plena liberdade política e econômica.

O estudo da atividade empresarial pode ser realizado a partir de vários ângulos e diferentes perspectivas. Para delimitar mais um pouco nossas preocupações, observaremos a atividade empresarial sob dois aspectos relevantes e convergentes: a visão econômica e a visão sob sua construção jurídica. Ou, melhor dizendo, como o direito condiciona a atividade econômica. Não será, todavia, um amplo estudo sobre essa matéria, mas uma investigação limitada somente aos aspectos da influência do ‘princípio da inerência do risco na atividade empresarial’, seus antecedentes e consequências. Se, por um lado, é verdade que o Estado fornece as condições mínimas ao desenvolvimento da atividade empresarial, não é menos verdade que só pode fazê-lo com bases jurídicas estáveis e permanentes. Todo economista sabe que a atividade econômica não se desenvolve em ambiente instável, porque diante de um mundo cercado de dúvidas, o investidor sempre irá preferir um destino seguro para suas aplicações. Assim, só um ambiente com regras claras e seguras permitirá o avanço da economia. E, por consequência, o progresso de uma nação.

¹⁵⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Princípios de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 2012, p.13.

Duas preocupações são orientadoras da atividade do investidor em atividades empresariais: a consciência do risco dos negócios e a perfeita noção do custo das operações. Tomaremos a inerência do risco empresarial como princípio norteador das interpretações normativas no sentido de criar um ambiente saudável para o seu desenvolvimento e agente eficaz na minimização dos custos operacionais em prol de maior lucratividade e, portanto, catalizador das condições para a saúde econômico-financeira da sociedade na qual se insere.

Nesse contexto, examinaremos a importância de se constatar o risco da atividade empresarial e o papel do sistema jurídico na elaboração de regras que permitam enfrentar o problema, orientando a ação do empreendedor, a atuação do mercado e, principalmente, as consequências sociais e econômicas da inerência do risco na atividade empresarial.

O risco da atividade empresarial é fato notório. A legislação, desde há muito tempo, reconhece sua existência, conforme se vê do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei nº. 5.452/1943): ‘Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo *os riscos da atividade econômica*, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.’

O risco da atividade empresarial condiciona o desenvolvimento da atividade e estabelece limites positivos ou negativos para o empresário (‘cálculo do risco’). Sua mensuração impõe a fixação dos preços que, em última análise, irá penalizar o consumidor. É notória a situação de países nos quais não há segurança jurídica e, por isso, afugentam os bons investidores só atraindo investidores ‘abutres’. A observância estrita dos contratos, especialmente na área trabalhista, reduz quantitativamente os riscos do negócio. Mas, num país como o Brasil, no qual a Justiça do Trabalho é ‘um sistema institucionalizado de achaque’, conforme afirma Fernão Lara Mesquita¹⁶⁰, inexistente qualquer segurança para o investidor diante da possibilidade de o empregado ver valer direitos inexistentes num foro eminentemente protetivo.

Porém, embora conhecido, o risco do negócio só ganhou dimensão principiológica com a Lei de Falência e Recuperações de Empresas (Lei Federal nº. 11.101/2005), que substituiu a orientação subjetiva de proteção ao crédito existente na legislação falimentar anterior pelo reconhecimento da função social da empresa e da necessidade decorrente de preservá-la (e não o empresário ou seus credores).

¹⁶⁰ MESQUITA, Fernão Lara. Sim, nós podemos. In: O Estado de S. Paulo, 21 maio 2016.

Mesmo do ponto de vista meramente empresarial, o risco já integra as preocupações dos administradores. É matéria obrigatória do planejamento estratégico, do processo de tomada de decisões empresariais, da necessária proteção dos ativos da empresa, e especialmente da criação do valor da companhia.

A ênfase no reconhecimento do risco está atualmente no arcabouço legal que prevê sua ocorrência como antecedente de um processo de recuperação judicial ou de falência, com evidentes prejuízos para todos: sócios, administradores, investidores, fornecedores, empregados, arrecadação fiscal, e até para a sociedade em que estiver inserida a empresa. Mas, também, no reconhecimento de que o risco empresarial integra o mundo negocial atual no qual as companhias enfrentam ameaças crescentes e cada vez mais complexas, internas e externas, conforme veremos adiante.

Como o risco é inerente a qualquer atividade – é impossível eliminá-lo para que a empresa possa se desenvolver num ambiente sem contratempos – é necessário desenvolver meios e métodos para administrá-lo. Atualmente, a avaliação de risco é destaque em todos os programas de *compliance* e objeto de estudo do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, em cujo Manual de Melhores Práticas de Governança Corporativa se lê:

Práticas

- a) Ações relacionadas a gerenciamento de riscos, controles internos e sistema de conformidade (*compliance*) devem estar fundamentadas no uso de critérios éticos refletidos no código de conduta da organização.
- b) Compete ao conselho de administração aprovar políticas específicas para o estabelecimento dos limites aceitáveis para a exposição da organização a esses riscos. Cabe a ele assegurar-se de que a diretoria possui mecanismos e controles internos para conhecer, avaliar e controlar os riscos, de forma a mantê-los em níveis compatíveis com os limites fixados.
- c) O cumprimento de leis, regulamentos e normas externas e internas deve ser garantido por um processo de acompanhamento da conformidade (*compliance*) de todas as atividades da organização.
- d) A diretoria, em conjunto com o conselho de administração, deve desenvolver uma agenda de discussão de riscos estratégicos, conduzida rigorosamente ao longo de todo o ano, de tal forma que supere os paradigmas e vieses internos.
- e) Além da identificação de riscos, a diretoria deve ser capaz de aferir a probabilidade de sua ocorrência e a exposição financeira consolidada a esses riscos, incluindo os aspectos intangíveis, implementando medidas para prevenção ou mitigação dos principais riscos a que a organização está sujeita.
- f) O comitê de auditoria, por meio do plano de trabalho da auditoria interna, deve verificar e confirmar a aderência pela diretoria à política de riscos e conformidade (*compliance*) aprovada pelo conselho.
- g) A diretoria, auxiliada pelos órgãos de controle vinculados ao conselho de administração (comitê de auditoria, vide 4.1) e pela auditoria interna (vide 4.4), deve estabelecer e operar um sistema de controles internos eficaz para o monitoramento dos processos operacionais e financeiros, inclusive os

relacionados com a gestão de riscos e de conformidade (*compliance*). Deve, ainda, avaliar, pelo menos anualmente, a eficácia do sistema de controles internos, bem como prestar contas ao conselho de administração sobre essa avaliação.

h) O sistema de controles internos não deve focar-se exclusivamente em monitorar fatos passados, mas também contemplar visão prospectiva na antecipação de riscos. A diretoria deve assegurar-se de que o sistema de controles internos estimule os órgãos da organização a adotar atitudes preventivas, prospectivas e proativas na minimização e antecipação de riscos.

¹⁶¹

O objetivo desse Manual é contribuir para se adotar formas de identificar antecipadamente as principais ameaças e situações ou circunstâncias que podem aumentar as já inerentes chances de fracasso da atividade. Questões relativas ao manejo do meio ambiente e sua sustentabilidade (fraude nos negócios, ética no tratamento dos parceiros, defesa da reputação da empresa e mecanismos de segurança digital) exigem um esforço contínuo de planejamento estratégico no gerenciamento do risco empresarial. Toda empresa, dos sócios aos acionistas, administradores de todos os níveis e empregados devem ter um papel significativo na identificação e prevenção de riscos, dos seus impactos e prévio monitoramento. Isto porque os riscos são dinâmicos, não só pela alteração constante do marco regulatório (leis, decretos, portarias, circulares, ordens de serviço), mas pelas mudanças de humor da economia e dos agentes que nela transitam.¹⁶²

No jornal *O Estado de S. Paulo*, a Petrobras S/A fez publicar os artigos ‘Por que as empresas precisam ter gestão de risco’ e ‘Estudo aponta tendências de fortalecer gestão de risco’, nos quais apresenta um interessante rol de ‘Passos para a gestão de riscos corporativos’:

- a) Identificação das áreas e possibilidades de risco para análise;
- b) Avaliação de impacto e risco de ocorrência;
- c) Análise quantitativa de dados e indicadores para investigar o impacto e os efeitos do risco com precisão numérica e estatística;
- d) Planejamento de respostas e maneiras de como lidar com o risco de acordo com a seriedade do fato;
- e) Monitoramento e controle; requer o acompanhamento do risco no tempo e adequação do nível de exposição;

¹⁶¹ Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa. 5.ed. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, 2015. Item 4.5. Gerenciamento de riscos, controles internos e conformidade (*compliance*): ‘Negócios estão sujeitos a riscos, cuja origem pode ser operacional, financeira, regulatória, estratégica, tecnológica, sistêmica, social e ambiental. Os riscos a que a organização está sujeita devem ser gerenciados para subsidiar a tomada de decisão pelos administradores. Os agentes de governança têm responsabilidade em assegurar que toda a organização esteja em conformidade com os seus princípios e valores, refletidos em políticas, procedimentos e normas internas, e com as leis e os dispositivos regulatórios a que esteja submetida. A efetividade desse processo constitui o sistema de conformidade (*compliance*) da organização’.

¹⁶² A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), em 2014, editou a Instrução nº.552, pela qual exige que as companhias abertas entreguem anualmente em seu formulário de referência sua política corporativa de gerenciamento de risco e controles internos.

f) Continuidade: a gestão do risco é um processo dinâmico e deve ser executado continuamente.¹⁶³

Em publicação posterior, ainda no *Estado de S. Paulo*, a Petrobras acrescentou que ‘cresce a adesão à gestão de risco nas empresas’

[...] porque a cultura da gestão de risco evolui devagar, mas de modo crescente nas empresas brasileiras. Alinhada com a tendência mundial, a percepção entre as organizações do país é de que esse é um elemento-chave para crescer, realizar objetivos importantes, criar valor e, principalmente, permanecer no mercado.¹⁶⁴

De fato, se não houver uma previsão dos riscos do empreendimento e a tomada de atitudes para sua atenuação (é impossível a extinção), a empresa não sobrevive e, provavelmente, entrará em crise irreversível. Os problemas surgem de qualquer ponto da atividade, mas principalmente daqueles quatro referidos no início: concorrência, lucro, mercado e tecnologia. E, podem ser de natureza legal, financeira, operacional ou social. O empresário precisa ter consciência disso e estar sempre atento ao cenário como um todo, antecipando-se aos riscos inerentes à atividade, de modo a enfrentá-los sempre com êxito.

Nesse contexto, já há um esforço planejado de enfrentamento dos riscos na atividade empresarial e a criação de projetos e organizações dedicadas ao tema, conforme vemos pelos estudos pioneiros da Petrobras que, após ser vítima de gestões temerárias que quase a levaram à falência, implantou programas bem estruturados de antecipação aos riscos, como o *Due Diligence de Integridade* (DDI) e o *Background Check de Integridade* (BCI)

[...] que realizam previamente à contratação de prestadores de serviço e de pessoas designadas para posições-chave nas companhias, com o objetivo de identificar os compromissos com as melhores práticas de ética corporativa, que visam subsidiar os gestores antes das tomadas de decisão.¹⁶⁵

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa¹⁶⁶ criou uma Comissão de Gestão de Riscos, com a finalidade de identificar antecipadamente os eventos internos e

¹⁶³ O Estado de S. Paulo. Edições de 19 e 21 jul. 2017, respectivamente p.A-15 e A-13.

¹⁶⁴ O Estado de S. Paulo. Edição de 12 dez. 2017, p. B-5.

¹⁶⁵ PETROBRAS. Cresce a adesão à gestão de risco nas empresas. In: O Estado de S. Paulo. Publicado em: 12 dez. 2017, p. B-5.

¹⁶⁶ O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), criado em 1995, organização sem fins lucrativos, é a principal referência do Brasil para o desenvolvimento das melhores práticas de Governança Corporativa. O Instituto tem sede em São Paulo e atua regionalmente por meio de sete capítulos, localizados no Ceará, Minas Gerais, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Santa Catarina. Atualmente, hospeda as atividades da Global Reporting Initiative (GRI) no Brasil, integra a rede de Institutos de Gobierno Corporativo de Latino América

externos que podem impactar a atividade empresarial, avaliar o potencial de risco desses eventos, promover a criação de gestores para essa atividade e através dele monitorar permanentemente a efetividade das medidas de atenuação de riscos.

Como vimos, a preocupação com os riscos da atividade empresarial não é nova, e produz dois resultados imediatos: um interno, na adoção pelas empresas de práticas de governança corporativa; e um externo, na elaboração de normas legais que favoreçam a atividade em benefício da coletividade e do próprio Estado. O IBGC conceituou:

Governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas. As boas práticas de governança corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum.¹⁶⁷

5.1 UM CONCEITO DE RISCO EMPRESARIAL

Conforme explicou Wanderley Fernandes¹⁶⁸, ‘a noção de risco no âmbito da atividade econômica está intimamente associada à de lucro.’ E, ainda, ‘o lucro é o prêmio pela assunção de riscos’, afirma o autor com base no trabalho dos economistas franceses Jean Baptista Say e Courcelle-Seneuil citando KNIGHT, Frank H. em sua obra ‘Risk, uncertainty and profit’.¹⁶⁹ De fato, o empresário, ao celebrar seus contratos com outros empresários, deve equilibrar suas ações entre a ponderação do risco e a expectativa de lucratividade na operação.

O risco empresarial pode ser definido de vários modos. Wanderley Fernandes¹⁷⁰ lembra:

Charles O. Hardy, no texto intitulado ‘Risk and riskbearing’, reproduzido no livro de Anthony T. Kronman e Richard A. Posner, define o risco como incerteza quanto a custos, perdas ou prejuízos. Enfatiza o aspecto incerteza em função do tempo decorrido em uma operação comercial. O livro ‘*Law and risk*’, editado pela Law Commission of Canada, por sua vez, ao cuidar da questão ambiental define risco como a probabilidade de ocorrência de consequência adversa sob certas condições. Risco, no seu sentido mais geral,

(IGCLA) e o Global Network of Director Institutes (GNDI), grupo que congrega institutos relacionados à governança e ao conselho de administração ao redor do mundo.

¹⁶⁷ Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/governanca/governanca-corporativa>>. Acesso em: 07 jul. 2018.

¹⁶⁸ FERNANDES, Wanderley. Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade. São Paulo: Saraiva, 2013, p.44.

¹⁶⁹ Mineola, New York: Dover Publications, 2006, p.24-25 apud KNIGHT, Frank Hyneman°. Risk, uncertainty, and profit. Boston: Houghton Mifflin, 1921.

¹⁷⁰ FERNANDES, Wanderley. Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade. São Paulo: Saraiva, 2013, p.44.

quer dizer possibilidade de dano, que, aliás, é característica de qualquer atividade humana. Por mais simples que seja a atividade do ser humano, sempre há uma álea de insucesso ou expectativa de dano. Mas, em termos empresariais, o risco principal, de fato, diz respeito diretamente ao lucro do negócio. O insucesso do empresário é ter prejuízo em suas operações. No Brasil, Antonio Marques Duarte Junior o descreve como ‘uma medida da incerteza associada aos retornos esperados de investimentos’.¹⁷¹

Nesse conceito há uma associação entre incerteza e risco. Relevante lembrar a afirmação de Wanderley Fernandes que, segundo Knight,

risco é a incerteza mensurável e incerteza, propriamente dita, não é mensurável’ [...] É exatamente de acordo com esse modelo quantitativo que os agentes econômicos procuram gerenciar o risco, ou seja, quantificá-lo e mitigá-lo com base nas informações disponíveis no momento da decisão.¹⁷²

Nessa ótica, parece que o risco pode sempre ser previsível e mensurável, o que não nos parece verdade. Muito embora o autor reproduza a afirmação de Knight sobre a possibilidade da mensuração do risco na atividade empresarial, ele mesmo reconhece: ‘Temos, assim, duas teorias a respeito do risco: a teoria objetiva ou do risco real, tal como proposto pela Royal Society¹⁷³, e a teoria do risco subjetivo, ou seja, aquele percebido pelo sujeito de modo empírico e impreciso.’ E faz essa afirmação para concluir que as pessoas (agentes econômicos) tendem a reagir de modo diferente diante da possibilidade de risco na sua ação, ou mesmo ante a possibilidade de risco independentemente de sua atuação, e que ante tais possibilidades, há sempre a necessidade de um julgamento de uma decisão acerca da assunção ou não dessa álea de incerteza:

O sucesso ou insucesso de determinada atividade está, em grande medida, associado a essa capacidade de julgamento. Em termos contratuais, sendo o risco mensurável, as partes poderão distribuí-los ou alocá-los segundo critérios objetivos e subjetivos, de acordo com o maior ou menor apetite ao risco das partes contratantes.¹⁷⁴

A mensuração do risco, mencionada pelo autor, não é, como diz o senso comum, conferir uma métrica à incerteza, mas apenas a ação do empresário ou investidor em

¹⁷¹ DUARTE JUNIOR, Antonio Marques. A importância do gerenciamento de risco corporativo em bancos. In: (Org.) VARGA, Gyorgy. Gestão de risco no Brasil. Rio de Janeiro: Financial Consultoria, 2003, p.3.

¹⁷² FERNANDES, Wanderley. Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade. São Paulo: Saraiva, 2013, p.46.

¹⁷³ A Real Sociedade de Londres para o Melhoramento do Conhecimento Natural (em inglês: *The Royal Society of London for Improving Natural Knowledge*) é uma instituição destinada à promoção do conhecimento científico. Foi fundada em 28 de novembro de 1660.

¹⁷⁴ FERNANDES, Wanderley. Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade. São Paulo: Saraiva, 2013, p.47.

colocar um ‘preço’ na assunção do risco. Quanto maior for a possibilidade de risco na operação, tanto maior serão os juros para a remuneração do capital investido. A ‘mensuração do risco’, pois, não é uma fita métrica hipotética que se coloca no negócio, mas a ‘segurança’ adicionada ao retorno do capital investido.

5.2 A NATUREZA DO RISCO EMPRESARIAL

No início deste trabalho afirmamos que qualquer atividade humana contém um certo risco. O simples caminhar de um ponto a outro, em dia de chuva, por exemplo, pode resultar em alguma espécie de dano para o transeunte, que pode enfiar o pé numa poça de água e encharcar o sapato e a meia; pode enfiar o pé num buraco oculto pela água e provocar uma torção no tornozelo; pode ser assaltado por um meliante; pode sofrer a queda de um objeto jogado de algum prédio, causando-lhe danos físicos ou até a morte. Mas, essa espécie de risco será sempre um risco individual que poderá ser atenuado ou evitado por ações individuais voltadas à segurança individual.

O risco empresarial é de outra natureza, porque não afeta apenas o empresário ou a sociedade empresária, mas toda a coletividade em torno dela. Suponha uma pequena sociedade empresária sediada numa pequena cidade do interior e que tenha uma centena de empregados. Esta sociedade estará sujeita a uma série de riscos (como veremos adiante) cabendo-lhe saber evitá-los, antes que possam causar prejuízos. Se não souber resolvê-los, provavelmente, se verá obrigada a despedir parte dos seus empregados, num esforço de redução de custos. Esses empregados despedidos e sem outra fonte de renda, por sua vez, deixarão de consumir e certamente irão restringir os seus gastos ao máximo possível. A atividade econômica do local será afetada, porque esse empregado que regularmente fazia compras em supermercado, pagava a escola dos filhos, exercia atividades de lazer, vai deixar de realizar essas tarefas por falta de recursos financeiros. O risco empresarial, pois, é um risco coletivo, razão pela qual, exige uma atividade coletiva de atenuação para que a economia como um todo não seja afetada por uma crise desencadeada num dos seus agentes econômicos.

O princípio da inerência do risco na atividade empresarial tem, pois, uma dimensão social porque o risco dessa atividade existe, não só para o empresário ou para a sociedade empresária individualmente, mas para toda a coletividade na qual esse agente econômico está inserido. O risco empresarial é um risco coletivo, razão pela qual, cumpre a todos os reconhecerem a sua existência como inerente a essa atividade e o empenho de todos para a sua identificação e a atenuação de seus efeitos.

Podemos, assim, identificar duas espécies de risco ligadas ao fenômeno empresarial: os riscos contratuais e os riscos naturais. A primeira delas é a que decorre do conceito que estabelecemos de ser o risco uma condição a ser observada pelo empresário nas suas relações diretas (contratuais) com outros empresários em cada um dos negócios que realiza e deriva do julgamento que faz entre a possibilidade do lucro nessa operação e a necessária alocação dos riscos desse específico negócio. Nessa espécie de riscos empresariais estão aqueles decorrentes das características de cada operação defronte ao lucro almejado. A cada negócio, o empresário irá sopesar e dimensionar as intercorrências possíveis, mensurar monetariamente cada uma delas, para fixar o montante da operação. É o ‘risco contratual’. Uma instituição financeira que realizará um empréstimo para alguém fixará os juros da operação proporcionalmente à reputação do contratante. Se ele for um bom pagador e tiver um histórico de pontualidade nos pagamentos, certamente, os juros serão menores daqueles cobrados de alguém que não ostenta essas condições. O investidor que irá aplicar seus recursos financeiros em alguma atividade calcula a taxa de retorno diretamente proporcional ao risco de inadimplência. Outra espécie de risco da atividade empresarial são as ocorrências gerais, não diretamente ligadas a determinados negócios, mas atinentes ao exercício da empresa inserida num determinado ambiente de negócios. Cada localidade tem as suas próprias características determinantes dos cuidados necessários a serem tomados para mitigar os riscos e seus efeitos. Denominaremos esses riscos de ‘risco natural’ apenas para diferenciá-los dos riscos contratuais, por força da diversidade das peculiaridades de cada um.

a) O risco contratual

A primeira característica do risco contratual é que ele está ligado ao tempo de duração do contrato. Quanto maior o prazo de duração das operações, maior será o risco a ser calculado na fixação dos preços do negócio, de tal forma que o lucro esteja perfeitamente protegido. Quanto maior o prazo de duração do contrato, maior será o risco da ocorrência de fatores sazonais de quase absoluta impossibilidade de previsão.

Os negócios instantâneos, por exemplo, a compra e venda, o típico *do ut des*, o popular ‘toma lá, dá cá’, não são propriamente uma relação contratual. ‘Para a tradição anglo-saxã, o contrato representa uma promessa e, por consequência, há um ato que tem

projeção no tempo.’¹⁷⁵ O objeto será sempre um negócio de longa duração moldado por especialistas num instrumento (o contrato). Na elaboração desse instrumento deverá haver a descrição pormenorizada da ou das operações a serem realizadas e o preço e sua forma de pagamento. É na fixação do preço que atuam as previsões sobre a lucratividade. E esta será sempre diretamente proporcional às incertezas, como, por exemplo, alterações futuras, contingências e especialmente possibilidade de inadimplência.

Na obra de Wanderley Fernandes sobre os riscos do contrato e a responsabilidade pelos mesmos, é bastante esclarecedora a imagem do trapezista. Diz ele: ‘Imaginemos um trapezista. Seus movimentos e acrobacias estão sempre condicionados à existência de uma rede de proteção. Tão maiores os desafios e os riscos assumidos quanto maior for a segurança de que será sustentado na queda.’¹⁷⁶ E concluir:

Sabedores que os nossos atos presentes são capazes de determinar um resultado futuro, diante da incerteza das variáveis que poderão definir o resultado para além da determinação da nossa vontade, talvez possamos criar mecanismos de limitação ou delimitação dos efeitos que tais resultados venham a ter sobre a nossa vida e sobre a vida daqueles que são por ela afetados direta ou indiretamente.¹⁷⁷

Do ponto de vista dos riscos contratuais, é possível distinguir espécies de riscos, tal como o fez Comparato, em sua obra sobre seguro de crédito,¹⁷⁸ dividindo-os em riscos ordinários, riscos extraordinários e riscos complementares. Segundo o autor, são ‘ordinários’ os ligados ao inadimplemento; ‘extraordinários’ os derivados de força maior; e ‘complementares’ os derivados do implemento imperfeito do devedor, tais como atrasos, parcelamentos, etc.

De um modo geral, todos esses riscos podem ser facilmente atenuados através da redação própria de salvaguardas, tal qual, a qualidade da rede de proteção do trapezista. É o que se denomina de ‘alocação eficiente de riscos’, ou em outras palavras, a exata fixação de responsabilidades quanto aos eventos futuros imprevisíveis. Como todos os negócios empresariais são contratuais (e não poderiam ser de outra forma) cumpre aos

¹⁷⁵ FERNANDES, Wanderley. Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade. São Paulo: Saraiva, 2013, p.48. Adorando a posição americana de que compra e venda não é contrato, mas ‘fato econômico’, que muito embora mereça proteção legal, ‘aproxima-se mais de um conceito de proteção à propriedade’ do que propriamente uma relação contratual.

¹⁷⁶ FERNANDES, Wanderley. Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade. São Paulo: Saraiva, 2013, p.51.

¹⁷⁷ FERNANDES, Wanderley. Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade. São Paulo: Saraiva, 2013, p.53.

¹⁷⁸ COMPARATO, Fábio Konder. O seguro de crédito. São Paulo: RT, 1968, p.40.

formuladores do contrato inserir cláusulas de segurança que impeçam o descumprimento sem motivo relevante. Permanece, contudo, ante a impossibilidade material de se prever todos os acontecimentos futuros, uma álea de insegurança a qual denominamos de ‘risco do negócio’.

b) o risco natural e os fatores externos e fatores internos

O risco na atividade empresarial decorre, também, de fatores outros, que, para conferir organicidade a este estudo, denominaremos ‘fatores externos’ e ‘fatores internos’, que independem de todas as garantias contratuais e não dizem respeito a cada um dos negócios entabulados pelo empresário ou pelo investidor, mas têm sua origem na esfera de atuação do agente no mercado. São ocorrências possíveis fora dos termos contratuais e para os quais não existem garantias contratuais possíveis, mas apenas uma atuação sincronizada de prevenção. Integram os estudos desenvolvidos na ‘prevenção de riscos’, matéria hoje necessária ao ambiente empresarial.

São fatores externos aqueles que não dependem nem da vontade nem da atuação do empreendedor, e acontecem abrupta ou lentamente, mas fazem o empreendimento malograr ou ter sua vida ameaçada. Os fatores internos derivam direta ou indiretamente da vontade ou da atuação do empreendedor que, por sua inexperiência ou irresponsabilidade, coloca em perigo a atividade empresarial. Esses fatores, externos ou internos, podem levar ao insucesso do empreendimento ou do negócio.

Importante lembrar que toda atividade humana apresenta um grau de imprevisibilidade e, portanto, um risco ao agente. Até o simples ato de andar numa alameda não muito movimentada pode resultar em acidente, tanto por motivos externos (um veículo que invada a via de pedestres) como internos (um tijolo no chão não percebido pelo pedestre poderá causar um tombo com sérias consequências).

No mundo empresarial ocorre o mesmo fenômeno, agravado pelo fato de que por mais que o empreendedor se acautele, os riscos dessa atividade independem totalmente de sua vontade ou ação. É verdade que as ações dos empresários minimizam a ocorrência de risco, mas não a debelam totalmente. Além dos riscos normais de qualquer atividade, como o exemplo singelo dado acima da caminhada ou do obstáculo, o êxito de um empreendimento depende de uma conjuntura de fatores imprevisíveis e aleatórios.

b.1. Os fatores externos de risco empresarial

Denominamos fatores externos os acontecimentos previsíveis ou não que, independentemente da vontade, ação ou omissão do agente, provocam a crise na empresa, e se não debeladas, o seu completo insucesso.

São fatores externos, dentre outros de menor importância: (a) as mudanças no perfil do consumo e a incapacidade de atender às necessidades do cliente, (b) as alterações das necessidades do mercado e a incapacidade de inovar, (c) a falta de empenho da mão de obra e a incapacidade de escolher e manter os melhores colaboradores, (d) a escassez ou dificuldade de se obter crédito, (e) a atuação estatal em burocracia, (f) o excesso de tributação sobre determinada atividade, (g) a falta de segurança inclusive cibernética, (h) a fragilidade da observância judicial dos contratos e (i) a insegurança jurídica.

Em razão da função social das empresas, quando a sobrevivência delas está ameaçada por fatores externos, como as crises macroeconômicas, interessa a todos que a lei tenha mecanismos adequados de preservação da organização empresarial. Trabalhadores, consumidores, fisco, outros agentes econômicos e toda a sociedade ganham com a eficiente superação da crise econômico-financeira quando ela assalta empresas viáveis.¹⁷⁹

a) as mudanças no perfil do consumo

Podemos identificar como mudanças no perfil de consumo o envelhecimento populacional, a valorização da qualidade de vida e o aumento do poder de consumo das classes de baixa renda, que podem ser responsáveis pelo ingresso de novos consumidores ou pelo seu desaparecimento. Em estudo para a Macroplan, Rodrigo Ventura identifica as várias formas de consumo:

1. Consumo exigente: maior exigência por produtos e serviços de qualidade, incluindo a valorização crescente da certificação e da rastreabilidade;
2. Consumo +60: aumento da demanda por produtos e serviços orientados ao consumidor com mais de 60 anos em virtude do envelhecimento populacional;
3. Consumo saudável: valorização da saúde nas decisões de consumo e aumento da demanda por produtos e serviços orientados a uma vida saudável;
4. Consumo responsável: aumento da conscientização socioambiental do consumidor e intensificação das exigências éticas e de eficiência no processo produtivo;
5. Consumo de baixa renda: ingresso de novos consumidores à economia de mercado e aumento da demanda por bens de consumo popular pelas classes de baixa renda (C, D e E);
6. Consumo precoce: aumento do poder de decisão de compra exercido pelas crianças e adolescentes sobre o consumo familiar;
7. Consumo *online*: aumento das transações comerciais utilizando a internet;
8. Consumo prático: aumento da demanda por produtos e serviços de elevada praticidade e que contribuam para a otimização do tempo;

¹⁷⁹ COELHO, Fábio Ulhoa; CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. A reforma da lei de recuperação de empresas. O Estado de S. Paulo. Publicado em 2 nov. 2017, p.A-2.

9. Consumo em nichos: aumento da procura por serviços e produtos direcionados a mercados (públicos) específicos (portadores de necessidades especiais, GLS e afrodescendentes, entre outros).¹⁸⁰

Um dos fatores que influenciaram o consumo nos últimos anos foi o aparecimento do comércio digital. O *e-commerce* afastou o consumidor das lojas tradicionais na medida em que este consumidor optou, com maior frequência, por comprar utilizando computador ou *smartphones*. Atualmente é o consumidor quem escolhe como irá interagir com a loja e não mais a loja que os escolhe pelos meios tradicionais de propaganda.

No campo empresarial também surge com força o comércio eletrônico, assumindo especial relevo o contrato eletrônico denominado ‘B2B’ (*business to business*) alterando sobremaneira o modo de negociação anterior. Se anteriormente o comércio era feito primordialmente na forma de contato direto entre os participantes, no futuro, certamente, prevalecerá a forma digital de negociação, na qual o empresário coloca na internet suas necessidades e os interessados fornecedores concluirão seus negócios sem nenhum contato físico direto. Parece evidente que essa nova forma de negociação apresenta mais riscos do que a maneira tradicional, por isso, exigindo maiores controles.

Além da mudança na forma de negociação, outro fator que influencia o mercado e traz riscos aos negócios é a simples passagem de tempo. O produtor de objetos infantis ao projetar suas campanhas de publicidade deve ter a clareza de que seu público rapidamente cresce e não mais usará esses produtos. Em resumo, à medida que os anos vão passando, as necessidades humanas se alteram inexoravelmente. Por isso, os empresários precisam estar preparados para o risco de perder seu público consumidor.

b) as alterações das necessidades do mercado

As alterações das necessidades do mercado acontecem geralmente por mudanças na tecnologia. Um bom exemplo é o computador que, quando surgiu, liquidou a indústria de máquinas de escrever. No Brasil, tradicionais fábricas ou importadores de máquinas de escrever como a Olivetti, a Burroughs e a Triumph desapareceram; a IBM e a Elgin mudaram de ramo. Antes disso, as fábricas de chapéu masculino, em voga na década de 1940, simplesmente desapareceram porque o uso de chapéu pelos homens caiu em completo desuso. A Ramenzoni e a Scatamachia, as maiores fábricas de

¹⁸⁰ MACROPLAN. Análise e construção de cenários. Rio de Janeiro: Macroplan Prospectiva, Estratégia & Gestão, 2010, p.14.

chapéus masculinos dos anos 1940, mudaram de ramo. Tantas outras grandes marcas deixaram o mundo empresarial por motivo de mudança das necessidades do mercado: a fábrica de guitarras elétricas GIBSON ‘imortalizada’ pelos acordes de B.B.King¹⁸¹, Keith Richards¹⁸² e Jimmy Page.¹⁸³ A rede de lojas de aluguel de vídeos BLOCKBUSTER, com mais de 9 mil lojas no mundo que sucumbiu diante da mudança tecnológica do mercado audiovisual para *streaming* da Netflix.

Com o surgimento da fotografia digital, em 2012, foi a vez da KODAK, maior produtora mundial de filmes para fotografias. A POLAROID, após duas tentativas de recuperação judicial, em 2001 e 2008, deixou lembranças da antiga máquina para tirar e imprimir fotografias.

c) a falta de empenho da mão de obra

A falta de empenho da mão de obra se caracteriza pelo estado de inércia abatido sobre os empregados de uma empresa, pelos mais variados motivos, mas, principalmente, pela falta de valorização do empregado pelo empregador ou ausência de reconhecimento pela atividade realizada. Compete ao empresário manter, além de local adequado para o exercício do emprego, um ambiente amigável entre os empregados de forma a incentivar a produção. Todo o esforço dedicado ao bem-estar dos empregados certamente reverterá em benefícios para a empresa. Nada pior para a atividade empresarial que o mau humor dos empregados quanto às condições do local, à convivência forçada com os demais e aos incentivos para o melhor desempenho.

É folclórico o caso do funcionário público recém-nomeado admoestado pelos demais por causa de seu empenho inicial que poderia prejudicar os preguiçosos anteriores. Dizia-se que em qualquer repartição pública todos os funcionários se dedicam ao mínimo possível, exatamente porque é muito raro o empregador mostrar qualquer preocupação quanto ao desempenho individual. E, então, se acostumam a fazer

¹⁸¹ Riley Ben King, mais conhecido como B. B. King, (Itta Bena, 16 de setembro de 1925 – Las Vegas, 14 de maio de 2015) foi um guitarrista de blues, compositor e cantor estadunidense. O ‘B. B.’ em seu nome significa Blues Boy, seu pseudônimo como moderador na rádio W. Foi considerado, ao lado de Eric Clapton e Jimi Hendrix, um dos melhores guitarristas do mundo pela revista norte-americana Rolling Stone. Ao longo da sua carreira, B.B. King recebeu 15 prêmios Grammy. Foi criador de um estilo musical único e que faria dele um dos músicos mais respeitados e influentes de blues.

¹⁸² Keith Richards (Dartford, 18 de dezembro de 1943) é músico, compositor e ator britânico, considerado um dos grandes nomes do rock do século XX. Richards é mais conhecido como integrante dos The Rolling Stones. É considerado um dos maiores e mais influentes guitarristas de todos os tempos. Foi eleito o quarto melhor guitarrista de todos os tempos pela revista norte-americana Rolling Stone.

¹⁸³ James Patrick ‘Jimmy’ Page OBE (Heston, 9 de janeiro de 1944) é músico, produtor musical e compositor inglês, que alcançou sucesso internacional como guitarrista da banda de rock Led Zeppelin°. Começou sua carreira como músico de estúdio em Londres e, em meados da década de 1960, tornou-se o guitarrista de sessão mais procurado na Inglaterra. Foi membro dos Yardbirds de 1966 até 1968, e posteriormente fundou o Led Zeppelin, em 1968. Page é amplamente considerado como um dos maiores e mais influentes guitarristas de todos os tempos.

o mínimo possível. E, quando chega um funcionário novo os demais se rebelam se sua produção for maior do que o costume da repartição. Ou ainda, a afirmação descabida de que os veículos produzidos por qualquer montadora na segunda-feira, quando no domingo o time de maior torcida perdeu no jogo de futebol, são cheios de defeitos de fabricação.

Cumpra, pois, ao empresário cuidar de seus colaboradores, como instrumento de melhor produtividade, e estar atento para os riscos advindos da insatisfação, não só dos seus empregados, como principalmente de seus fornecedores e colaboradores sem vínculo de emprego. Essa insatisfação certamente influenciará o comportamento individual das pessoas e diretamente na produtividade do empresário.

d) a escassez de crédito

É necessário haver crédito disponível para compor o ‘capital de giro’ e equilibrar as atividades empresariais. Quando há escassez de crédito no mercado, o custo do dinheiro sobe e impacta negativamente a atividade. É regra do mercado o custo maior do produto em época de escassez visto que o dinheiro é o produto que movimenta o mercado e influencia enormemente as taxas de inflação. A oferta de crédito, portanto, é essencial à indústria e ao comércio.

O investimento em empreitadas de certo risco com alto retorno se confunde com a própria história da humanidade. Um bom exemplo foram os investimentos públicos e privados necessários para viabilizar as grandes expedições que partiram da Península Ibérica em busca de novas terras e riquezas. No contexto capitalista, existem referências de capitais alternativos aos bancos comerciais para a construção de ferrovias desde a Revolução Industrial. Entretanto, o capital de risco, conforme compreendemos hoje, surgiu em meados do século passado, nos EUA. O capital de risco é uma modalidade de investimento que envolve participação, através da aquisição de ações ou de outros ativos (cotas de sociedades limitadas, debêntures conversíveis, bônus de subscrição, etc), em empresas com alto potencial de crescimento e rentabilidade, com vistas à realização de expressivos ganhos de capital a médio e longo prazos. Esta operação compartilha os riscos, selando uma união de esforços entre provedor e tomador de recursos para agregar valor à empresa. Isto implica um envolvimento, direto ou indireto, do investidor na gestão do negócio. Encontramos em referências sobre o tema as expressões *venture capital* e *private equity*. Em uma tradução mais literal, poderíamos afirmar que *private equity* é um termo relacionado ao tipo de capital empregado, enquanto *venture capital* relaciona-se à atividade de investimento. Entretanto, adotamos aqui a conceituação mais utilizada entre os profissionais do mercado que considera as duas expressões similares, variando essencialmente o porte das empresas investidas. Neste sentido, investimentos de capital de risco e *private equity* são considerados complementares durante os estágios de evolução das empresas. O primeiro está associado aos empreendimentos em fases iniciais, enquanto o último às empresas mais maduras, em fase de reestruturação, consolidação e/ou expansão de seus negócios. Nosso objeto de análise será o capital de risco em

sua acepção mais ampla, por ser difícil determinar um limite entre os dois mercados.¹⁸⁴

Ainda sobre o trabalho relacionado à escassez de crédito, o Simpósio trouxe, ao final, as seguintes propostas:

Relacionamos abaixo alguns pontos que consideramos estratégicos para a análise dos temas propostos em trabalhos futuros:

a – Casos de empresas brasileiras

É de considerável importância mapear uma quantidade significativa de casos de empresas brasileiras que receberam empréstimos, financiamentos e investimentos relevantes, tanto de instituições públicas quanto privadas. Deve-se pesquisar empreendimentos não só bem-sucedidos, mas também aqueles que não tiveram a performance esperada, a fim de se tentar descobrir as razões prováveis do insucesso. O estudo de casos configura-se numa importante ferramenta de atração de investidores privados e públicos, criando cultura e divulgando exemplos concretos de experiências em nosso ambiente empresarial. Um aspecto particularmente importante seria o levantamento do impacto econômico e social de determinados empreendimentos financiados pelo governo em relação à emprego, renda e recolhimento de impostos.

B – Sistema brasileiro de inovação

Uma análise detalhada dos programas existentes no Brasil é essencial para localizar suas falhas e sugerir correções de rumo. Deve-se discutir os projetos e a legislação de fomento existente, assim como os resultados alcançados. É fácil constatar que muitas vezes o principal problema no Brasil não é a insuficiência de recursos, mas sua correta aplicação com planejamento e acompanhamento adequados. Para tanto, torna-se essencial uma aproximação com a realidade empresarial, a fim de se compreender suas necessidades e sua dinâmica. Outro aspecto importante é o aperfeiçoamento de determinadas ações governamentais que desconsideram a apropriação mercadológica da inovação. Não custa lembrar que o impacto econômico e social somente se efetiva com a inserção das inovações no mercado pelas empresas através de produtos, processos e serviços. São os empreendimentos privados os responsáveis em última instância pelo desenvolvimento econômico. Caso eles não prosperem, o país não se desenvolverá.

c – Atuação do Estado

Associada ao ponto anterior, a definição de diretrizes mínimas de atuação estatal é condição para maximizar sua eficiência. Algumas questões devem ser propostas para estudos e avaliações posteriores:

– como aliar transparência na aplicação dos recursos à cobrança e acompanhamento dos resultados sem criar uma burocracia desnecessária, com conseqüente ineficiência?

– é suficiente apenas a ‘premiação’ dos bem-sucedidos no estímulo a determinados agentes, ou é importante também intensificar os mecanismos de ‘punição’ por falta de probidade ou competência na aplicação dos recursos?

– até aonde deve ir o papel do Estado como elemento articulador e fornecedor de recursos, sem provocar desequilíbrios decorrentes de uma ingerência excessiva nos mercados e empresas a serem incentivados?

e) a burocracia excessiva

A atuação do Estado, que em princípio deveria facilitar e incentivar a livre iniciativa e a livre concorrência (Constituição Federal, artigo 170, IV) pode se tornar um

¹⁸⁴ II Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia – SEGGeT’2005. Disponível em: <<https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos05/14>>. Acesso em: 5 jul. 2018.

sério empecilho à atividade empresarial. Isso ocorre quando o Estado impõe exigências desmedidas de burocracia principalmente para a criação da sociedade empresária, ao estabelecer impostos escorchantes ou sistemas complicados para o seu controle.

Essas exigências estatais de controle das atividades empresariais são conhecidas por ‘obrigações acessórias’ no mundo tributário. A obrigação principal é efetuar o pagamento dos impostos, taxas e outras imposições que oneram a atividade empresarial e o dever de manter escrituração, preencher formulários informativos e cumprir prazos, são denominadas pela legislação tributária de ‘obrigações acessórias’:

A obrigação tributária principal ou patrimonial, de acordo com o §1º do art. 113 do CTN, é aquela que surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente. A obrigação tributária principal implica entrega de dinheiro ao Estado. Exemplos: tributo e multa. A obrigação tributária acessória ou não-patrimonial, pelo descrito no §2º do mesmo artigo 113, decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos. Pressupõe a realização de atos que auxiliem a Administração Tributária na fiscalização dos tributos. Exemplo: emissão de nota fiscal e declaração de imposto de renda.¹⁸⁵

f) o excesso de tributação

‘Ninguém gosta de pagar tributos’, diz a sabedoria popular. E o empreendedor, antes de iniciar seu negócio, dedica um tempo considerável ao estudo das regras de tributação sobre a atividade a qual pretende desenvolver visto que o excesso de tributação pesa fortemente nas suas decisões de investimento.

Por uma questão de lógica muito simples, o empresário procura desenvolver a atividade escolhida sempre de modo mais econômico, por isso, a tributação pesa demasiadamente nas suas escolhas. Sem cogitar seduzir os meios de sonegação, quando a atividade empresarial sofre carga tributária desmedida, o resultado é um evidente recuo nas iniciativas desse segmento. A tributação excessiva, sem dúvida, funciona como um forte desestímulo à atividade empresarial:

O demorado e complexo atendimento das obrigações tributárias. O Brasil é um dos campeões mundiais nesse tipo de desperdício. Tempo e talento são gastos em proporções enormes, todo ano, para garantir, nem sempre com sucesso, o cumprimento das normas de impostos e contribuições, tão complicadas como instáveis.¹⁸⁶

g) a falta de segurança

¹⁸⁵ CERA, Denise Cristina Mantovani. A obrigação tributária principal e a obrigação tributária acessória devem necessariamente estar previstas em lei? Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2394597/>> . Acesso em: 24 junº. 2018.

¹⁸⁶ O Estado de S.Paulo. O custo da insegurança. Editorial. Publicado em 16 ago. 2017, p.A-3.

Considerada antigamente uma característica dos países subdesenvolvidos, a insegurança pública passou a ser um componente importante do custo da atividade empresarial. Roubos, furtos, vandalismo e despesas realizadas pelo empresário na segurança de seus bens, propriedades, estabelecimentos e pessoal adicionam vultosos recursos despendidos na proteção e não no desenvolvimento da atividade empresarial.

O efeito nefasto da insegurança na atividade empresarial concorre para reduzir a competitividade e onerar injustificadamente os recursos do empresário. Não só o aspecto econômico do desvio de recursos financeiros e humanos na prevenção do risco da insegurança, mas também a repercussão social do sentimento de fragilidade que abate as pessoas contratadas em qualquer atividade econômica: ‘dinheiro e força de trabalho são aplicados em grandes proporções em atividades de proteção, em vez de serem utilizados de forma produtiva’.¹⁸⁷O risco empresarial, nesse campo, só consegue ser minimizado com o emprego de recursos na contratação de serviços de segurança privada, para evitar, em grande medida, os entraves à produtividade e à competitividade e fatores de distorção das decisões de investimento das empresas.

h) a fragilidade dos contratos

A falta de segurança jurídica dos contratos, em razão da notória má formação dos juízes em matéria empresarial e ainda pela incapacidade funcional do Poder Judiciário no Brasil, faz aumentar significativamente os riscos da atividade. Como sabemos, o aumento do risco dos negócios afasta os investimentos sérios e atrai os investimentos especulativos, ocasionando um aumento desproporcional dos preços.

Segundo Eros Roberto Grau, ‘Submetemo-nos ao poder exercido pelo Estado moderno em troca de garantias mínimas de segurança, por ele bem ou mal asseguradas. Sem a calculabilidade e a previsibilidade de comportamentos instaladas pelo Direito moderno, o mercado não poderia existir.’¹⁸⁸

Verificamos esse fenômeno em várias áreas do parque industrial e comercial do país, especialmente no setor automotivo e de informática. Os preços dos veículos e dos artigos de informática, fabricados no Brasil ou importados, são muito superiores aos preços praticados em outros países, porque embutem o risco. A falta de segurança jurídica é um sério componente no cálculo do risco. Os contratos empresariais são tratados pelo Poder Judiciário como contratos de consumo, submetidos a práticas

¹⁸⁷ O Estado de S. Paulo. O custo da insegurança. Editorial. Publicado em 16 ago. 2017, p.A-3.

¹⁸⁸ GRAU, Eros Roberto. Princípios, a (in) segurança jurídica e o magistrado. Revista Amagis Jurídica, n.º.7, 2012.

protetivas desproporcionais. E os contratos de trabalho são liminarmente desconsiderados pelo Poder Judiciário trabalhista.

Uma observação essencial ganha relevância quanto ao dimensionamento do risco na atividade empresarial, quanto aos contratos de trabalho e às relações entre empregados e empregadores, pela criação jurisprudencial do conceito de hipossuficiência do empregado.

Não há na lei do trabalho nenhuma afirmação nesse sentido. Sua noção decorre da leitura equivocada do artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho: ‘Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.’ A expressão ‘sob a dependência’ levou os juízes especializados a cunharem a noção de hipossuficiência do empregado na relação trabalhista e conceder a ele vantagem desmesurada em relação ao empresário empregador.

A legislação especializada, por sua vez, distingue essa relação subordinante e os contratos, criando uma falsa diferenciação nas relações empregatícias substituindo a necessária igualdade contratual por um regime de tutela. O empregado não é mais um ser humano dotado de discernimento conforme o artigo 1º do Código Civil: ‘Toda pessoa é capaz de direitos e obrigações na órbita civil’, mas um ente abjeto que necessita de tutela do Estado. Esse entendimento prevalece na esfera judiciária e introduz um risco desnecessário à atividade empresarial transformando o empreendedor em refém de seus iniciais colaboradores.

Quando alguém busca um emprego digno e aceita as condições de um contrato de trabalho já sabe de antemão que poderá se valer futuramente da organização criminosa constituída de advogados inescrupulosos e juízes moldados pelo sistema de tutela. Todo o arcabouço jurídico da capacidade criado pelo Código Civil de nada vale perante a justiça especializada na qual sempre prevalece a noção de hipossuficiência como se o empregado fosse um ser dotado de paralisia cerebral.

Como ressaltam Marcia Carla e Irineu Galeski Jr., na conclusão de sua obra ‘Teoria Geral dos Contratos – contratos empresariais e análise econômica’:

Não há dúvida de que a questão da divergência jurisprudencial é inerente aos sistemas jurídicos positivos aplicados, seja no âmbito romano-germânico, seja no anglo-saxão. Aliás, é senso comum que é da própria essência da aplicação do Direito que haja disparidade entre os entendimentos dos magistrados, pois isso torna o Direito ‘vivo’, sempre se readequando às mudanças comportamentais da sociedade ao longo do tempo. Todavia, do

ponto de vista econômico e, especialmente, dos contratos, essa variabilidade nem sempre é interessante, ou melhor, quase sempre é indesejável. Para que as partes possam formar contratos, o melhor cenário negocial é aquele em que as instituições estão bem definidas, pois a previsão do resultado depende dessa estabilidade. Assim, é sempre melhor que haja segurança do ponto de vista de política econômica e monetária, que haja um poder Judiciário independente; que, quando haja leis interventoras sejam elas claras; quando haja necessidade de intervenção jurisdicional, saibam as partes qual será a interpretação para o caso concreto.¹⁸⁹

Por esses motivos, a fragilidade dos contratos perante sua interpretação jurisdicional se confunde com nossa próxima observação que é a própria insegurança jurídica.

i) a insegurança jurídica

A insegurança jurídica se revela quando, num determinado território, a coletividade fica à mercê do arbítrio, e por consequência, existe um déficit na existência e na eficácia das normas jurídicas. São três as balizas da insegurança: a falta de normas, o excesso de normas e a divergência na interpretação das normas existentes.

É evidente que a falta de uma regulamentação eficaz de determinado fato conduz a perplexidades que impedem qualquer julgador de resolver o conflito sobre o assunto. No campo mercantil, onde as situações se constroem e evoluem com mais rapidez do que sua regulamentação jurídica, existirá sempre um momento de insegurança, no qual qualquer decisão é possível. Veja o mais recente exemplo do contrato de *built to suit* (contrato de construção ajustada), pelo qual se constrói uma edificação, conforme especificações do destinatário e, uma vez entregue a obra, o imóvel será utilizado, por prazo determinado, por meio de pagamento de aluguel durante o período de uso.¹⁹⁰

Em ambiente de excesso de leis, normas e regulamentos, ou de alterações repentinas em disposições legais, a atividade empresarial apresenta muito maior risco quando comparada aos países mais evoluídos nos quais a atividade legislativa é mais

¹⁸⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI Jr., Irineu. Teoria geral dos contratos – contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.216-217.

¹⁹⁰ Foi regulado tardiamente pela Lei n°. 12.744/2012, que introduziu o artigo 54-A na Lei de Locações (Lei n°. 8.245/1991). Segundo Otavio Luiz Rodrigues Junior, no artigo ‘Rejeição de reformas e revisão de contrato *built to suit*’. (Revista Consultor Jurídico), ‘a) o *built to suit* é uma modalidade de locação predial urbana não residencial, caracterizada pela conduta do locador consistente na prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si ou por terceiros, de imóvel especificado pelo chamado ‘pretendente à locação’; b) o locatário ocupará o imóvel por meio de contrato por prazo determinado, no qual ‘prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas’ na Lei do Inquilinato. Quanto à revisão do valor dos alugueres, a lei permite que se convencie a renúncia prévia a esse direito (parágrafo 1º do artigo 54-A). Se o locatário exercer o direito de rescisão unilateral do contrato (denúncia antecipada), ele pagará a multa convencionada, cujo limite é a soma dos valores dos alugueres a receber até o termo final da locação (§2º do artigo 54-A)’. O Superior Tribunal de Justiça não possui acórdãos sobre essa modalidade contratual, mas já existem decisões monocráticas que optaram por não rever a qualificação jurídica dada pelos tribunais de origem aos negócios envolvendo o *built to suit* (AREsp 423062, Rel. Minº. Luis Felipe Salomão, 11/03/2014).

bem exercida. Um triste exemplo é nossa legislação tributária, alterada não para melhorar a atividade empresarial, ou fortalecer o mercado e as instituições, mas apenas para suprir as necessidades de caixa do Tesouro.¹⁹¹

Impostos são criados e alíquotas majoradas sob o argumento de que existe um déficit na arrecadação. A lei orçamentária, que deveria antecipadamente prever alterações tributárias para que o empresário tivesse tempo de se proteger das mudanças, não é observada. E, o médio empresário, que não tem recursos para manter uma equipe de profissionais capazes de prever e atenuar os efeitos do cipoal legislativo, sempre corre sérios riscos de fracassar.

Além do imenso número de alterações produzidas na legislação que afeta a atividade empresarial, há ainda um risco cultural maior que é a insegurança nas manifestações do Poder Judiciário. Juízes malformados acreditam ser a reencarnação de divindades onipotentes e julgam de acordo com suas próprias aspirações políticas e amizades espúrias, principalmente na Justiça do Trabalho onde impera a equivocada noção da insuficiência intelectual dos trabalhadores para justificar o atendimento de pleitos absolutamente irresponsáveis.¹⁹²

A insegurança jurídica introduz no mercado a sensação de incerteza. O risco do negócio pode ser dimensionado. Atualmente frequentam o mercado os denominados ‘analistas de risco’ que utilizam uma série de instrumentos e técnicas para prever e calcular probabilidades de eventos externos ou internos afetarem o desenvolvimento de certa atividade empresarial. Por outro lado, a incerteza é caracterizada pela impossibilidade de previsão ou estimativa. E a insegurança jurídica é a matriz da incerteza¹⁹³, conforme enfatizou Frank H. Knight, um dos fundadores da Escola de Chicago (Chicago School of Economics):

Mas a incerteza deve ser tomada em um sentido radicalmente distinto da noção familiar de risco, de onde nunca foi devidamente separado. O termo

¹⁹¹ Levantamento feito pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT) mostra que, desde que a Constituição Federal entrou em vigor, em 1988, foram criadas 290.932 normas tributárias no país. Em média, foram cerca de 30 novas normas tributárias editadas por dia, nos últimos 24 anos. O estudo do IBPT, chamado ‘Quantidade de Normas no Brasil: 24 anos da Constituição Federal de 1988’ apurou, ainda, que, neste período, foram feitas 14 reformas relativas ao direito tributário. (Gazeta do Povo. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br>>. Acesso em: 25 junº. 2018).

¹⁹² Triste exemplo desse arbítrio, além do fato narrado referente a estupro de menor, é a do Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Lewandowski, que ao presidir a sessão do Senado Federal que em 31 de agosto de 2016 julgou o processo de responsabilidade da então Presidente da República, afrontou o parágrafo único do artigo 52 da Constituição Federal: ‘Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis’, deixando de aplicar a inabilitação, por questões ‘humanitárias’.

¹⁹³ KNIGHT, Frank Hynemanº. Risk, uncertainty, and profit. Boston: Houghton Mifflin, 1921.

‘risco’, como vagamente usado no cotidiano discurso e na discussão econômica, realmente cobre duas coisas que, funcionalmente, pelo menos, em suas relações causais com os fenômenos da organização econômica, são categoricamente diferentes. (tradução livre)¹⁹⁴

No regime capitalista é necessário ter um ambiente jurídico seguro, no qual as leis são respeitadas e com certo grau de perenidade para que o empresário possa calcular com maior precisão os riscos do seu negócio.

Além desse aspecto legislativo, há de se pensar, também, como insegurança jurídica a atuação dos tribunais no deslinde das questões empresariais. Em conhecida obra sobre direito pelo prisma econômico¹⁹⁵, os autores afirmaram que os tribunais geram incentivo para a cooperação contratual empresarial eficiente, reduzindo os custos de transação, e por consequência incrementando a atividade lucrativa. Regulando os contratos os tribunais corrigem as falhas de mercado. Não é o que acontece na realidade. A comprovada falta de preparo da grande maioria dos juízes e de julgamentos inspirados em relações de amizade, ou de visão política, contribuem notavelmente para a falta de segurança dos negócios. Essa instabilidade nos julgamentos aumenta sensivelmente os custos da transação e impede a minimização dos riscos:

Em conclusão, no âmbito dos contratos empresariais, os órgãos jurisdicionais devem ser a âncora para que as partes possam tomar decisões seguras na relação contratual, a fim de se evitar comportamentos oportunistas pela equivocidade dos entendimentos, considerando que por natureza os contratantes já enfrentam severas dificuldades em razão dos custos de transação e assimetria de informações [...]¹⁹⁶

b.2. Os fatores internos dos riscos empresariais

Serão fatores internos, decorrentes da ação ou omissão, deliberada ou não do empreendedor: (a) a má gestão, (b) a falta de planejamento das atividades, (c) a realização de investimentos desastrosos, (d) a aplicação ou desvio de recursos da empresa em benefício próprio, e ainda, (e) a deterioração do ambiente de trabalho.

a) a má gestão

¹⁹⁴ KNIGHT, Frank Hyneman°. Risk, uncertainty, and profit. Boston: Houghton Mifflin, 1921, p.20. No original: But uncertainty must be taken in a sense radically distinct from the familiar notion of risk, from which it has never been properly separated. The term ‘risk,’ as loosely used in everyday speech and in economic discussion, really covers two things which, functionally at least, in their causal relations to the phenomena of economic organization, are categorically different.

¹⁹⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Derecho y economía. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 287.

¹⁹⁶ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI Jr., Irineu. Teoria geral dos contratos – contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.219.

Sob a denominação de má gestão podemos abrigar um sem número de iniciativas ou de omissões do empreendedor que podem ser vistas nos manuais de administração de empresas como práticas predatórias ou nocivas à atividade empresarial. Todavia, surge de maneira evidente a falta de dedicação do empresário ao seu negócio. Diz o ditado popular que ‘o olho do dono engorda o gado’, o que é uma simplificação de uma das regras mais importantes da administração, porque quando o dono não se dedica exclusivamente ao seu negócio, certamente estará praticando uma má gestão que fatalmente levará a empresa à crise, e até ao fracasso total.

b) a falta de planejamento

O estudo prévio a respeito do negócio a que se vai dedicar e a continuidade dessa atividade ao longo da vida da empresa são fatores que contribuem para o sucesso do empreendimento. O contrário também é verdadeiro. Quando um empreendedor se lança num negócio sobre o qual pouco entende ou o exerce sem nenhum planejamento, a instalação de uma crise será quase a decorrência normal da falta de previsibilidade das condições envolvidas no negócio. No campo das franquias encontramos os mais significativos exemplos da falta de planejamento. Quando pessoas sem qualquer preparo se lançam em negócios sobre os quais não entendem, o fracasso é inevitável.

c) os investimentos desastrosos

Outro fator de insucesso é resultado da falta de planejamento adequado: realizar investimentos sem as cautelas necessárias e que resultam, na maioria dos casos, perdas consideráveis de recursos das empresas, levando-as a uma crise financeira irreversível. A aplicação criteriosa dos recursos da empresa é regra matriz da boa gestão.

O investimento de risco, feito a partir da perspectiva de ganhos não garantidos, normalmente conduz ao desastre. É um dos corolários da ‘Primeira Lei de Murphy’: ‘Se alguma coisa pode dar errado, dará. E mais, dará errado da pior maneira, no pior momento e de modo que cause o maior dano possível.’

d) o desvio de recursos pelo empresário

O desvio de recursos da empresa em proveito próprio é um exemplo típico de má gestão porque a dilapidação do patrimônio da sociedade empresária para enriquecer seus administradores é causa certa do fracasso do negócio. A apropriação dos recursos da empresa pelo empresário, em proveito próprio, causará escassez de liquidez para enfrentar eventuais crises do mercado que exigem a aplicação de recursos. Sem meios

para tanto, porque foram desviados da atividade principal, estará escancarada a porta do insucesso.

Não é incomum, nas sociedades empresárias de pouca expressão financeira e de administração familiar, a confusão entre o patrimônio empresarial e o privado dos dirigentes. É muito comum, por razões tributárias, que o proprietário da maioria do capital social adquira veículos para uso próprio em nome da pessoa jurídica, empregados domésticos na folha de pagamento da empresa, pagamento de escola de filhos, etc. A complexidade da legislação tributária favorece em muito esse tipo de atuação pela confusão que o empresário faz entre a possibilidade legal de elisão fiscal e a mais pura sonegação de tributos.

e) a deterioração do ambiente de trabalho

Outro fator de risco para o empreendimento é a falta de cuidado com as relações de trabalho, o que pode resultar em atitudes de sabotagem, greves e paralisações, prejudicando sensivelmente a atividade empresarial. É necessário ao empresário reconhecer que ele não pode fazer tudo sozinho e que seu sucesso depende, em grande parte, da qualidade dos seus empregados, auxiliares e ajudantes.

5.3 O RISCO EMPRESARIAL E O INSUCESSO

O risco, inerente à atividade econômica, se não previsto ou se não efetivamente debelado, levará à crise empresarial. A situação começa geralmente como uma crise econômica, na qual ‘as vendas de produtos ou serviços não se realizam na quantidade necessária à manutenção do negócio’.¹⁹⁷ Evolui para uma crise financeira, ‘quando falta à sociedade empresária dinheiro em caixa para pagar as suas obrigações.’¹⁹⁸ E, finalmente, se torna uma crise patrimonial, ‘se o ativo é inferior ao passivo, se as dívidas superam os bens da sociedade empresária.’¹⁹⁹

Antigamente o insucesso era sinônimo de prática de atividade criminosa por parte do empresário. A insolvência, incapacidade de adimplir as obrigações, é normalmente objeto de ampla repreensão social. Palavras como *insolvente*, *falido* ou *quebrado* estão marcadas por um valor negativo, vexatório, intimamente ligado à ideia de *caloteiro*, *criminoso*, *fraudador*, *desonesto* ou *trapincola*, dentre outros.²⁰⁰

Mas, como ensina Gladston Mamede,

¹⁹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. v. III. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.242.

¹⁹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. v. III. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.242.

¹⁹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. v. III. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.242.

²⁰⁰ MAMEDE, Gladston. Falência e recuperação de empresas. São Paulo: Atlas, 2006, p.25.

o fracasso é um elemento intrínseco à iniciativa, ao negócio. Com efeito, há, em toda ação humana, uma esperança de sucesso e um risco, mesmo se não considerado, de fracasso. Ser humano é conviver, mesmo inconscientemente, com os riscos. Risco pelo que se faz e, ao mesmo tempo, pelo que não se faz.²⁰¹

O reconhecimento do risco como algo inerente à atividade empresarial exige do intérprete uma reflexão maior sobre as consequências do insucesso para a pessoa do empreendedor. Até onde é saudável para o ambiente negocial a manutenção na Lei de Falência e Recuperações de uma parte penal? Será que os juízes terão o discernimento necessário para distinguir os efeitos do risco do negócio, não debelado, com a subjetiva intenção do agente em cometer ilícitos? Esse é um assunto que deveria ser mais bem equacionado.

A atividade empresarial traz em si o germe do risco, razão pela qual tratamos aqui do ‘princípio da inerência do risco’.

O risco é comum a qualquer atividade humana, mas na atividade empresarial merece um capítulo especial no ordenamento jurídico porque integra uma nova maneira de se tratar o empresariado pela adoção de um princípio maior: o de preservar a empresa. Ele está inserido no sistema jurídico na definição legal de recuperação de empresa e de falência, veiculada pelos artigos 47 e 75 da Lei n.º. 11.101/2005.²⁰²

O princípio da preservação da empresa exige do legislador um limite positivo e negativo de sua atividade ao tratar da matéria sobre a atividade empresarial no ordenamento jurídico. Ele deve se orientar sempre no sentido de criar normas para favorecer a atividade empresarial em detrimento do empreendedor (a proteção do comerciante era a tônica do regime anterior), e não criar normas que prejudiquem a atuação empresarial ou criem obstáculos à manutenção da fonte produtora.

Na base do princípio da preservação da empresa está o reconhecimento da existência do risco na atividade empresarial, exigindo, por sua vez, a atuação dos intérpretes do direito, legisladores e aplicadores, no sentido de atenuar as condições para o exercício dessa atividade.

²⁰¹ MAMEDE, Gladston. Falência e recuperação de empresas. São Paulo: Atlas, 2006, p.26.

²⁰² Artigo 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica; Artigo 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa (grifos do autor).

Um princípio, o da preservação da empresa, conduz a atividade jurídica para a manutenção das fontes produtoras, e em complemento, o princípio da inerência do risco a conduz no sentido de não atribuir ao insucesso empresarial a pecha de criminoso tal como ocorria no nascimento das legislações falimentares no mundo, nas quais o falido, indistintamente, era passível de punições pessoais e patrimoniais.

A análise do princípio da inerência do risco na atividade empresarial exige distinguir ‘risco’ de ‘perigo’, pela proximidade do sentido semântico dessas expressões, para concluirmos que a atividade empresarial, apesar de ter o germe do risco, não é uma atividade perigosa.

Perigo é o potencial para provocar danos em termos de lesão; risco é a probabilidade de ocorrência de um evento perigoso. Exemplificando: é um perigo quando um motorista dirige embriagado; o risco é esse motorista causar danos por causa da embriaguez. É perigoso andar em um piso escorregadio porque há o risco de queda e ferimentos. A diferença, como vimos, é que o ‘perigo’ é uma fonte capaz de causar prejuízos e ‘risco’ é o resultado da exposição ao perigo. Nesse sentido, a atividade empresarial não é perigosa; perigosos são os fatores de risco vistos anteriormente.

Mas, como a atividade empresarial não pode ser realizada em outro cenário sem a ingerência de fatores internos e externos, será sempre uma atividade de risco. O direito, por sua vez, tem a missão de, ao adotar os princípios mencionados, afastar ou minimizar os perigos que envolvem a atividade empresarial.

Inerência do risco quer dizer que a atividade empresarial traz em si a possibilidade do insucesso. Vimos, anteriormente, os riscos contratuais e os riscos naturais, com os seus fatores externos e internos que agem sobre a atividade e influenciam negativamente o desenvolvimento da empresa. A experiência demonstra que esse resultado negativo pode se produzir tanto pela ação ou omissão do empreendedor, como por motivos totalmente alheios à sua vontade ou atuação.

A condição do risco latente já era conhecida desde tempos imemoriais. É possível que os fenícios, tidos como os primeiros comerciantes do mundo antigo, já tivessem consciência do risco que corriam em seus barcos rudimentares afrontando mares bravios, tempestades, e toda a sorte de infortúnios próprios daqueles tempos. Melhor sorte não tinham os comerciantes do mundo antigo, desde a Grécia, Roma, Idade Média, e mesmo após a Revolução Francesa. O risco na atividade mercantil sempre existiu. Apenas, de tempos em tempos, mudavam de natureza, mas sempre

estiveram presentes. O que não ocorria era que os aplicadores do direito tivessem qualquer consideração pelo risco da atividade empresarial, quer na criação de normas jurídicas para o comércio, quer pelos juízes na solução dos casos trazidos à decisão. Desconsiderando a má fé do empresário, evidente que ninguém, ao iniciar um negócio, tenha a intenção de obter prejuízo ou ver sua carreira encerrada pela decretação de falência.

Como vimos, há fatores contratuais e fatores naturais, mensuráveis ou alheios à atuação do empresário, que condicionam o sucesso ou o fracasso do empreendimento. Isto ocorre, para além da influência dos fatores já estudados, porque a atividade empresarial é exercida por pessoas em um universo onde transitam outras pessoas com interesses na maior parte do tempo divergentes. Além do consumidor – cujo humor depende em grande parte do resultado da atividade empresarial – não podemos nos esquecer dos fornecedores, financiadores, investidores, representantes do Estado na fiscalização da atividade, empregados e colaboradores de qualquer tipo e dos próprios sócios da sociedade empresária, que têm aspirações, perspectivas e interesses, na maioria das vezes, divergentes das intenções do empreendedor. O risco, então, tem origem na própria atividade do empresário, independentemente de sua atuação. Se agir corretamente, evitará o perigo do insucesso, mas o risco sempre existirá. Quando o risco não for equacionado, nos contratos com a introdução de cláusulas de segurança, ou nas previsões sobre a possibilidade da ocorrência de eventos danosos, a empresa poderá entrar em crise.

A crise na atividade empresarial pode aparecer abruptamente ou se instalar com mais lentidão. De modo repentino, normalmente, deve-se à ocorrência de algo extraordinário: um incêndio, uma inundação ou uma condenação judicial, por exemplo. No entanto, o mais comum é a instauração lenta de um processo que pode levar ao completo insucesso.

Essa forma de aparecimento de crise gera alguns sintomas: a empresa para de crescer, acumula prejuízos ou não consegue resolver um forte endividamento, por exemplo. Se esses sintomas aparecerem, estaremos diante de uma crise, e como classifica Fábio Ulhoa Coelho²⁰³, trata-se de uma crise econômica, que tem por característica principal a redução do mercado consumidor e a consequente falta de lucros:

²⁰³ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. v. III. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.241.

Quando se diz que uma empresa está em crise, isto pode significar coisas muito diferentes. Para sistematizar o assunto, proponho que se distinga entre crise econômica, financeira e patrimonial. Normalmente uma desencadeia a outra, mas a complexidade da economia e das relações jurídicas do nosso tempo tem gerado, cada vez, mais, situações em que se manifesta uma dessas crises, sem despertar nenhuma preocupação nos agentes econômicos. Por crise econômica deve-se entender a retração considerável nos negócios desenvolvidos pela sociedade empresária. Se os consumidores não mais adquirem igual quantidade de produtos ou serviços oferecidos, o empresário varejista pode sofrer queda de faturamento.²⁰⁴

Todo empreendimento, em sua etapa inicial, tem como horizonte do sucesso o denominado *break even point* (o ponto de equilíbrio) no qual as receitas já conseguem igualar as despesas obrigatórias, e passar desse ponto, rumo ao infinito. A crise econômica é o caminho contrário: as receitas despencam ou as despesas crescem a tal ponto de se equilibrarem, à beira do abismo, o ponto sem retorno. Se isso acontece e o empreendedor não toma medidas urgentes, poderá se transformar em uma grave crise financeira.

A principal característica da crise financeira é um *cash flow* negativo. Ou seja, as receitas são insuficientes para cobrir as despesas obrigatórias que, se não forem satisfeitas, acabam sugando as forças da empresa. Se medidas extraordinárias não forem tomadas nessa fase, instaura-se a crise patrimonial, quando o patrimônio líquido se torna negativo e todo ativo deixa de ser suficiente para liquidar o passivo.²⁰⁵ É o caos. Nem a mais bem urdida forma de recuperação livrará a empresa da sua liquidação no processo de falência.

²⁰⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. v. III. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.241.

²⁰⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.22-25.

CAPÍTULO VI

O PRINCÍPIO DA INERÊNCIA DO RISCO NA ATIVIDADE EMPRESARIAL

Por conta dessas constatações, podemos dizer que a atividade empresarial contém em si o germe do insucesso, ou a inerência do risco. O risco permanente convive com a atividade empresarial e é necessário considerar uma linha mestra de orientação de conduta legislativa e principalmente judiciária, para reconhecer na formulação de regras empresariais a existência desse risco inato e ponderar as decisões judiciais conforme os azares que rondam a atividade. Nasce daí o conceito de um ‘princípio da inerência do risco na atividade empresarial’ não só fático, mas necessariamente jurídico.

Trata-se, ainda, de um princípio implícito. Ou seja, ainda não positivado, mas derivado dos valores informativos da atividade empresarial e de sua necessária regulação normativa. Há que se engendrar uma série de regras que considerem as naturais agruras do processo econômico-empresarial, dotando a legislação atinente de instrumentais capazes de atenuar, na medida do possível, o risco natural dessa atividade importante para qualquer economia nacional, quiçá internacional no mundo globalizado.

Os princípios não positivados (princípios implícitos) são regras jurídicas (ou normas em outra terminologia) deduzidas, por interpretação, de outros princípios existentes no ordenamento jurídico. Em razão de não serem positivados e para justificar o falso silogismo denunciado, a regra que transmite o princípio implícito deve ser justificadamente dedutível de outras normas existentes positivadas no ordenamento, sob pena de não serem reconhecidos pelos operadores do direito. O eu não acontecia com o denominado ‘princípio da proibição do retrocesso social’ como visto anteriormente, e que não se origina de norma legal positivada no ordenamento jurídico, mas de aspirações ideológicas. Por isso, os princípios implícitos devem ser rigorosamente deduzidos de normas positivadas na Constituição ou em lei para poderem ser arguidos na interpretação de casos ou situações conflitivas levadas à decisão judicial ou para suportar trabalhos de doutrina, sem o que, não passarão de arroubos ideológicos com funestas consequências, como se viu do ‘princípio da superioridade da raça ariana’ que pretendeu justificar o holocausto.

Recentemente foi editada a Lei Federal nº. 13.665 (26/04/2018) que pretende coibir decisões judiciais, como a citada, que se fundamenta em questões ideológicas, sem amparo em normas jurídicas positivadas. Essa lei introduziu modificação importante na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº. 4.567/1942, que por finalidade impõe ‘disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público’)

Segundo o artigo 20 da nova lei:

Artigo 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

As decisões judiciais não mais poderão invocar ‘valores jurídicos abstratos’ como fundamento do decidir. Por exemplo, um exagero hipotético, um juiz trabalhista, em princípio, poderia, com base no ‘princípio da dignidade da pessoa humana’, conceder, a pedido do jurisdicionado, uma licença maternidade além do prazo legal, pelo fato da criança ter nascido com exigências excepcionais, sem sopesar as consequências que tal liberalidade poderia ocasionar ao empregador sem recursos financeiros.

O ‘princípio da inerência do risco na atividade empresarial’, conforme veremos adiante, é um ‘princípio implícito’, ou seja, decorre da interpretação de regras positivadas, mas não tem, ele próprio, uma redação explícita no ordenamento jurídico. Por esse fato, ele pode ser considerado um ‘valor jurídico abstrato’. Pela redação do artigo 20 da nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, não há proibição da invocação, pelos diversos julgadores de princípios implícitos como fundamento da decisão. O que se pretende coibir é o prejuízo que estas decisões possam causar se o julgador não sopesar ‘as consequências práticas da decisão’.

O princípio da inerência do risco nas atividades empresariais é considerado um princípio implícito, ou seja, não foi positivado como uma regra jurídica expressa. Ele não está redigido em lugar algum do ordenamento jurídico brasileiro. Isto quer dizer que não é veiculado por nenhuma norma ou regra posta pelo legislador. No entanto, ele existe em formulação proposicional na mente de todos os operadores do direito. Legisladores e aplicadores do direito condicionam sua atividade, ao tratar da matéria relativa à atividade empresarial, à existência dessa regra principiológica, que se traduz

no reconhecimento de que essa atividade pode resultar em insucesso por fatores que independem da atuação do empresário. Por conta disso, devem sempre interpretar as regras que serão criadas originalmente ou em aplicação a um caso concreto, tendo em vista que, em regra, o insucesso não se deu por culpa do empresário.

Conforme demonstraremos, embora implícito, sua normatividade decorre de regras absolutamente claras do ordenamento das quais é deduzido. E, por consequência, tanto a doutrina, como a jurisprudência deverão passar a leva-lo em consideração nos estudos e nos julgados.

Quem primeiro formulou o ‘princípio da inerência do risco na atividade empresarial’ foi Fábio Ulhoa Coelho, ao trazer para o direito comercial a orientação principiológica da legislação brasileira iniciada pela redação da Constituição Federal de 1988: ‘[...] a revitalização do direito comercial brasileiro consiste na enunciação, exame e difusão dos *princípios* desta área jurídica.’²⁰⁶

Sobre o princípio da inerência do risco na atividade empresarial, afirma:

A inerência do risco da empresa, esclareça-se, não pode servir de escudo para o empresário furtar-se às suas responsabilidades. Trata-se, ao contrário, de princípio informador da interpretação das normas jurídicas aplicáveis à crise da empresa, inclusive ao circunscrever do exato âmbito de incidência das sancionadoras da falência fraudulenta ou criminosas.²⁰⁷

É necessário que todos, legisladores, operadores do direito, magistrados, tomem o risco do negócio como orientação principiológica no exercício de suas respectivas atividades. O reconhecimento da existência de um princípio legal, como o que tratamos aqui, exerce uma enorme influência sobre as normas jurídicas e deve provocar, principalmente, dois efeitos mais acentuados:

- a) orienta a ação do legislador no sentido de prover o ordenamento jurídico de normas protetivas da atividade empresarial visando atender ao interesse público na manutenção das fontes produtoras de progresso econômico e social; e,
- b) esclarece o esforço hermenêutico no sentido epistemológico ou pragmático das pessoas submetidas a esse ordenamento jurídico. Quando um conflito é levado à solução, quer perante o órgão decisório estatal, quer pelos órgãos decisórios privados, na mente dos julgadores deverá estar presente o caráter da especialidade da atividade

²⁰⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Princípios de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 2012, p.14.

²⁰⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Princípios de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 2012, p.56.

empresarial no que tange ao risco inerente ao negócio para que a decisão compatibilize a atuação do empresário com as exigências da atividade.

Com a conscientização de que a atividade empresarial contém em si um risco de insucesso, independentemente da atuação do empresário, a elaboração das leis relativas à matéria será certamente afetada pelo princípio, no sentido de atenuar os rigores das responsabilidades impostas ao empreendedor ponderando fracasso da atividade. A ideia é desburocratizar o exercício da atividade do investidor. Tomando por exemplo a constituição de uma sociedade limitada por dois ou mais sócios que redigiram um contrato social conforme modelo sugerido pela Junta Comercial para explorar, por suposição, uma padaria, a ‘via sacra’ começa com a obtenção dos registros necessários em diversos órgãos estatais (Ministério da Fazenda, Secretaria da Fazenda estadual, Prefeitura municipal, previdência social, órgão ambiental, bombeiros, etc). Os legisladores devem procurar minimizar essas exigências burocráticas e impedir a excessiva intervenção do Estado na esfera econômica privada.

O princípio da inerência do risco na atividade empresarial deve servir como norte para a criação de normas protetivas de toda atividade econômica.

Outro aspecto a ser considerado e onde é necessária a intervenção do legislador é evitar a instauração da crise da empresa. Compete ao legislador, ciente da inevitabilidade do risco na atividade empresarial, criar as condições para atenuar o perigo. Dentre estas ações, por exemplo, elaborar normas visando proteger a atividade desenvolvida por microempresas e empresas de pequeno porte, como sementes para o desenvolvimento econômico, regras antitruste e contra o abuso do poder econômico, regras de proteção à concorrência e vedação da concorrência predatória, normas para desburocratizar e facilitar o cumprimento das obrigações acessórias, linhas especiais de crédito e financiamento para a atividade mercantil.

Instaurada a crise, sob a ótica do princípio, seria importante criar incentivos para linhas de crédito subsidiadas, regras para proteger os empregados – as maiores vítimas da crise empresarial – e os fornecedores, neste caso, para reduzir o *spread* inserido nos produtos antes de qualquer crise, barateando a atividade, além de regras para proteger a coletividade atingida indiretamente pela extinção de postos de trabalho.

A excessiva intervenção do Estado no mundo econômico privado traz como consequência o agravamento do risco empresarial. A desburocratização está

umbilicalmente ligada à atividade legislativa que tem a prerrogativa constitucional de impor ou restringir essa intervenção.

O princípio da função social da empresa exige o reconhecimento da necessidade de se preservar a empresa, conforme o texto legal, como fonte produtora do progresso do mercado. Em outras palavras, é importante – como resultado do reconhecimento desse princípio incidindo sobre a atividade empresarial – que os contratos empresariais sejam vistos na sua dimensão econômica.

Essa visão que considera as especificidades do processo empresarial refletirá necessariamente no modo de deslindar as questões surgidas entre empresários. O contrato empresarial deve ser interpretado conforme suas regras próprias e não mais com auxílio de noções advindas de outras matérias, tais como direito civil ou especialmente das regras atinentes ao direito do consumidor. O empresário nunca poderá ser considerado hipossuficiente, ‘Ou seja, na ordem jurídica do mercado, as relações são disciplinadas de acordo com o status das partes.’²⁰⁸ É bem verdade que, às vezes, apura-se a má-fé ou a prática de ilícito na ação, mas a consciência de que na atividade empresarial está embutido o risco de insucesso, independentemente da vontade, da ação ou omissão do empreendedor, servirá para auxiliar o encontro de uma solução mais adequada à questão. No contrato empresarial, formulado entre pessoas do mesmo nível, cada um dos participantes deve responder pela falha de suas previsões.

Quando se celebra um contrato empresarial, as partes estão ponderando os riscos do negócio e redigem suas cláusulas no sentido de minimizar a possibilidade de se concretizar qualquer dano para qualquer das partes, mas, se calcularem mal, deverá arcar com as consequências de suas decisões. Não pode o poder decisório (juiz ou arbitragem) intervir no contrato para consertar uma decisão errada de um dos contratantes. Cada uma das partes deve assumir os riscos, sem ter a falsa esperança de que o judiciário irá substituí-lo no contrato para ‘consertar’ seu erro.

O princípio da inerência do risco na atividade empresarial, como vimos, é um princípio implícito. Ou seja, muito embora possa ser expressado com segurança, não se encontra escrito em lugar algum. Não faz parte das proposições do ordenamento jurídico. Não existe como regra, mas é uma norma jurídica de grande relevância, principalmente para servir de baliza aos legisladores, de qualquer nível, no

²⁰⁸ FORGIONI, Paula Andréa. A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado. 2.ed. São Paulo: RT, 2008, p.33.

‘enquadramento’ de operações econômicas e suas garantias. Sabendo-se, de antemão, que a atividade empresarial sofre de um risco permanente de insucesso, o legislador cuidará de cercar de maiores garantias os investimentos e o próprio exercício da empresa.

Neste trabalho, enfatizamos que o direito, entendido como um conjunto de normas jurídicas, é formado por normas positivadas e normas não positivadas. Estas, entretanto, podem ser deduzidas de outras normas positivadas. O direito positivo, tido como principal exigência da garantia jurídica, não tem mais essa conformação. A garantia perseguida para os cidadãos no estabelecimento de regras claras e principalmente anteriormente escritas se esgota para as regras de direito, mas não existe para as normas jurídicas. Melhor explicando: as regras de direito devem ser positivadas para garantir que ninguém seja obrigado a fazer ou deixar de fazer senão quando a conduta esteja previamente escrita em documento jurídico válido e eficaz. Essas são as regras de conduta. Mas, no sistema jurídico, existem normas, que não têm a característica do dever ser, mas apenas de orientação da ação dos operadores do direito, ou seja, legisladores, doutrinadores e julgadores.

Como sabemos, as regras jurídicas são veiculadas através de proposições linguísticas, cujo entendimento depende de uma tarefa interpretativa. A interpretação, por sua vez, além das exigências da lógica formal (os juízos e proposições determinados pelos princípios Aristotélicos da não contradição, do terceiro excluído e da identidade), e da lógica material, chamada de lógica maior (adequação do pensamento ao objeto, ou a busca da verdade) sofre a influência dos humores e dos valores.

Em direito, essa constatação é sumamente pertinente, porque, ao contrário do que pensavam os antigos, o direito, hoje, é tido como uma técnica de solução de conflitos na qual prevalece, sempre, a decisão judicial. E essa decisão judicial é proferida por um ser humano sujeito, como todos nós, a humores e valores (a imponderabilidade da decisão judicial é o ‘carma’ dos operadores do direito). Casos idênticos são diversamente decididos até pelos mesmos juízes em épocas não muito distantes. Proposições jurídicas são interpretadas diversamente de acordo com fatores próprios de quem faz a interpretação, e, portanto, sempre discutíveis.

O papel desse princípio na atividade jurisdicional consiste, também, no alerta aos julgadores, de qualquer espécie, de que o empresário não é um criminoso e de que o insucesso não é crime. Enquanto os legisladores devem, à vista deste princípio,

cercar as operações da empresa de garantias suficientes para atenuar o risco inerente a essa atividade, o julgador, ciente deste princípio implícito, deverá considerá-lo na formação de sua decisão sobre os negócios.

A origem do princípio é, sem dúvida, uma operação lógica indutiva, por abstração, feita a partir de outros princípios do ordenamento jurídico. O caráter sistemático do ordenamento jurídico permite abstrair orientações gerais à tarefa interpretativa, formuladas com fundamento no sentido axiológico do conjunto. De fato, sempre é possível extrair de um conjunto de regras uma orientação geral, que presidiu a elaboração do corpo de normas jurídicas para um determinado povo, as conclusões lógicas, ainda não escritas, mas presentes no espírito de quem interpreta o conjunto.

Como esse princípio ainda não foi escrito, cumpre ao intérprete, em primeiro lugar, apresentar o esforço dedutivo de sua descoberta, para depois, ver suas características no mundo jurídico e suas funções no mundo social. Ele deriva, primordialmente, do princípio constitucional da função social da empresa. Vimos que a empresa é considerada como ‘a propriedade dinâmica’ (Isabel Vaz) justificando sua inclusão no princípio constitucional da ‘função social da propriedade’. Do princípio da função social da empresa deriva a necessidade, em prol da coletividade, da manutenção da empresa como centro indutor de empregos e geração de tributos. Essa a razão pela qual o legislador ordinário introduziu na Lei de Falências (artigo 47), a necessidade de se preservar a empresa como finalidade essencial para possibilitar a recuperação da atividade econômica, evitando a decretação da quebra que se fazia em face de simples inadimplência momentânea do empresário.

Todos os princípios que informam o direito falimentar estão ligados aos aspectos principiológicos originados na Constituição Federal de 1988, que foi pródiga no sentido de dotar o ordenamento jurídico de linhas mestras de pensamento jurídico, veiculando regras com amplitude e vagueza necessárias para influenciar a legislação ordinária a ser criada sobre a matéria constitucional. Exemplos disso, no que tange à função social da propriedade, inserida nos incisos XXII e XXIII do artigo 5º: ‘XXII – é garantido o direito de propriedade; XXIII – a propriedade atenderá sua função social’.

O conteúdo foi replicado no inciso III do artigo 170, que cuida da ordem econômica:

Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os

ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º. 42, de 19.12.2003); VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º. 6, de 1995). Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Em decorrência do princípio da função social da empresa nasce a necessidade da preservação da empresa para não afetar, com sua crise, o universo no qual está inserida. Já que a Constituição Federal adotou a defesa da coletividade como um dos seus objetivos e como meta a ser atingida pela legislação ordinária e por todo o ordenamento jurídico, urge a tomada de medidas sociais, econômicas, fiscais e principalmente legislativas para proteger a atividade empresarial e seu entorno. Seus investidores, colaboradores, empregados, fornecedores, o Fisco, e até a comunidade onde atua, merecem, em decorrência do princípio da função social, uma proteção. Nasce aí o princípio da preservação da empresa.

A Lei Falimentar brasileira consagrou no seu artigo 47:

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

Em virtude da introdução no direito brasileiro da noção da função social da propriedade, a doutrina passou a entender que o princípio era aplicável aos meios de produção em virtude da identificação da propriedade dinâmica na acepção de Isabel Vaz²⁰⁹ em confronto com o conceito de propriedade estática. Já no final da Idade Média, a economia mundial estava centrada na produção agrícola e pastoril, razão pela qual os grandes proprietários de terra eram considerados os maiores influenciadores na vida econômica da sociedade de então. Com a Revolução Industrial na Inglaterra (século XVIII), houve a substituição do trabalho artesanal pelo assalariado e o início do uso das máquinas, que inverteu o polo da economia, tornando ociosos os antigos

²⁰⁹ VAZ, Isabel. Direito econômico e propriedade. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.145.

instrumentos de prosperidade. Por isso, nessa visão mais moderna, Isabel Vaz afirma: ‘a propriedade imobiliária é estática, em comparação com a propriedade empresarial, considerada dinâmica’.²¹⁰

Conforme o entendimento de José Afonso da Silva,

[...] a Constituição consagra a tese, que se desenvolveu especialmente na doutrina italiana, segundo a qual a propriedade não constitui uma instituição única, mas várias instituições diferenciadas, em correlação com os diversos tipos de bens e de titulares, de onde ser cabível falar não em propriedade, mas em propriedades.²¹¹

Agora, ela foi explícita e precisa. Garante o direito de propriedade em geral (artigo 5º, XXII, conteúdo mínimo essencial), mas distingue claramente a propriedade urbana (artigo 182, §2º) e a propriedade rural (artigo 5º, XXVI; artigos 184, 185 e 186), com seus regimes jurídicos próprios, além das regras especiais para outras manifestações da propriedade. Em verdade, uma coisa é a propriedade pública, outra a propriedade social e uma terceira, a privada; uma coisa é a propriedade agrícola, outra a industrial; uma, a propriedade rural, outra a urbana; uma, a propriedade de uso pessoal, outra a propriedade/capital.

Cada um desses tipos pode estar sujeito, e por regra estará, a uma disciplina particular, especialmente porque, em relação a eles, o princípio da função social atua diversamente, tendo em vista a destinação do bem objeto da propriedade. Tudo isso, aliás, não é difícil de entender, desde que tenhamos em mente o fato de o regime jurídico da propriedade não ser uma função do direito civil, mas de um complexo de normas administrativas, urbanísticas, empresariais (comerciais) e civis (certamente), sob fundamento das normas constitucionais.²¹²

A função social da propriedade, portanto, no ditame constitucional, se refere a qualquer tipo de propriedade: ao conceito tradicional de propriedade imobiliária e ao conceito moderno dos meios de produção, especialmente a empresa, atividade de organização dos meios de produção e de circulação de bens e serviços, conforme o artigo 966 do Código Civil: ‘Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços’.

²¹⁰ VAZ, Isabel. Direito econômico e propriedade. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.145.

²¹¹ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 25.ed. São Paulo: Malheiros, p.274.

²¹² SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.266.

Do princípio da função social da empresa decorre necessariamente a preocupação com a proteção da atividade empresarial, posta no ordenamento jurídico em 2005 a partir da nova Lei de Falências, que suprimiu o antigo instituto da concordata e introduziu o conceito de recuperação de empresas em dificuldades. No seu artigo 47, expressamente indica:

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

Muito embora o risco na atividade empresarial sempre tenha existido e fosse sabido por todos quantos exercem essa atividade ou dela cuidam, quer auxiliando-a, quer sobre ela legislando ou julgando as querelas entre empresários, somente muito recentemente o direito tomou conhecimento de sua existência.

Em decorrência do reconhecimento de que o conceito de propriedade privada, pedra basilar do regime capitalista, pudesse sofrer restrições para atender aos reclamos da coletividade, as pessoas passaram a compreender que o interesse social havia sobrepujado o individual e, por consequência, dali em diante, o direito deveria se orientar para defender a coletividade na preponderância do bem social sobre o particular.

Na nova Lei de Falências criou-se o instituto da recuperação de empresas, consagrando em seu artigo 47 a necessidade de se preservar as empresas ‘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’.

Quando se reconheceu, juridicamente, a necessidade de preservar a empresa em virtude de sua função social, verificou-se, também, a necessidade de se estabelecer e reforçar as regras de proteção à atividade empresarial. Não só fazer esforços para preservar a empresa em crise, mas cuidar para que a crise não se estabeleça. Nasceu daí o reconhecimento de que a atividade empresarial era uma atividade de risco e que a legislação deveria criar ou amparar regras que atenuassem os efeitos desses riscos.

Vera Helena de Melo Franco e Raquel Sztajn esclarecem o conceito de ‘função social’ da propriedade privada, e por consequência das empresas:

[...] a função social se restringe a um poder-dever de organizar, explorar e dispor, já que a tutela específica aos que trabalham na empresa e os deveres para com a coletividade em que a sociedade atua estão sublimados na norma de forma autônoma. Esses interesses surgem como merecedores de uma proteção específica, independente do conteúdo que se atribua à noção de função social. A partir da Constituição de 1988, consolidou-se no Brasil a noção da função social da propriedade privada, o que irá refletir intensamente na noção de empresa: sem dúvida que a empresa, enquanto organização com o fim de desenvolver atividade econômica ultrapassa o liame de mero instrumento utilizado para obter os interesses privados. Ao ser instrumento relevante para a geração de empregos, pagamento de impostos, oferta de produtos e serviços essenciais ou não à população e, existindo o perigo de manipulação do poder dentro da sociedade e de prejudicar o bom funcionamento do mercado, não há como não salientar o aspecto publicista da empresa no século XXI.²¹³

A Lei Falimentar, ao adotar em seu artigo 47 o princípio da preservação da empresa como fundamento do instituto novo no Brasil da possibilidade de recuperação da atividade empresarial em crise, criou uma obrigação nova em direito falimentar de proteção da atividade em detrimento da legislação anterior que era orientada na proteção do empresário e principalmente dos seus credores. O comerciante era ainda o núcleo aglutinador das regras do comércio.

Apesar de o Código Comercial de 1850 adotar o conceito francês de ato de comércio, a antiga lei de falências e concordatas ainda não adotara a separação entre a atividade empresarial e seu exercente, como veio a ser feito pela lei de 2005. Com a adoção do conceito de empresa pelo Código Civil de 2002, que pretendeu unificar o direito privado, a orientação da Lei Falimentar, já em gestação e promulgada em 2005, a empresa tornou-se a principal preocupação do legislador, que adotou uma série de princípios no sentido de proteger a atividade empresarial, tornando irrelevante a figura do empresário para as finalidades da nova legislação, cujo objetivo é, principalmente, salvar as empresas viáveis e extinguir as inviáveis.

O artigo 47 da Lei Falimentar, que trata da recuperação judicial, assegura que a recuperação judicial tem por objetivo superar a crise empresarial, com a finalidade 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.’

A preservação da empresa, assim, está colocada como consequência da superação da crise empresarial através de um processo judicial cujo objetivo é a

²¹³ SZTAJN, Raquel; FRANCO, Vera Helena de Mello. A função social da empresa. In: Falência e recuperação de empresa em crise. São Paulo: Campus Jurídico, 2008, capítulo 11, p.282.

manutenção da atividade, a proteção dos trabalhadores e o resguardo do direito dos credores (fornecedores, investidores e o Fisco). Caso isto seja alcançado, a empresa estará curada da crise e continuará exercendo a sua função social, estimulando a atividade econômica de produção e consumo. Em outras palavras, a preservação da empresa é o objetivo do processo de recuperação judicial através da adoção de métodos de manutenção da atividade, nos quais se pretende garantir os empregos e liquidar as dívidas, a fim de que não haja grande prejuízo para a coletividade econômica.

Vemos, nitidamente, o recurso ao conceito de função social da propriedade dinâmica e a advertência da possibilidade do impacto social da crise empresarial, como consequência se frustrada a tentativa de superar a crise por meio do processo judicial da recuperação.

Inserida no capítulo atinente à recuperação judicial de empresas, a necessidade de preservar a empresa pela redação do artigo 47 da Lei n.º. 11.101/2005, tem sua influência também nos processos falimentares. Quando uma empresa tem a falência decretada urge a tomada de algumas medidas destinadas a preservar seu patrimônio para atender às necessidades de seus credores. Dentre essas medidas, a necessidade de afastar seus dirigentes por meio da nomeação de um administrador judicial que se encarregará, dali por diante, de promover a liquidação da falida. Nessa tarefa, a legislação brasileira contempla a possibilidade de venda dos bens patrimoniais (inclusive das unidades produtivas isoladas) tão logo iniciado o processo falimentar, como determina a inovação trazida pela redação do artigo 139 da Lei Falimentar.²¹⁴

Na legislação anterior sobre falências e concordatas, a venda dos bens da falida só poderia ser feita após a apresentação do Quadro Geral de Credores com exceção apenas para a alienação antecipada dos bens sujeitos a fácil deterioração ou de guarda dispendiosa (artigo 63, XIII do Decreto-Lei n.º. 7.661/1945). Assim, como reflexo da necessária preservação das forças da empresa, consistentes em bens patrimoniais ainda utilizáveis, com a finalidade de se evitar sua desvalorização, por obsolescência ou atividades predatórias.

Podemos dizer que o princípio jurídico ora estudado decorre diretamente do princípio constitucional da função social da propriedade dinâmica (na formulação de

²¹⁴ Artigo 139. Logo após a arrecadação dos bens, com a juntada do respectivo auto ao processo de falência, será iniciada a realização do ativo.

Isabel Vaz) e do princípio legal da preservação da empresa inserido na teia da legislação falimentar pátria: I – propriedade privada; II – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor.

A função social da propriedade nasceu no âmbito do capitalismo e do liberalismo numa verdadeira guinada à esquerda enfatizando a necessidade de o Estado atender ao coletivo em detrimento da individualidade e dos direitos individuais, mormente o sagrado direito de propriedade, sempre definido como ‘o direito de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha’, no dizer do artigo 1.228 do Código Civil de 2002.

O princípio da inerência do risco na atividade empresarial nasce filha legítima da opção constitucional da adoção do princípio da função social da propriedade privada, num giro à esquerda da teoria de Adam Smith, uma trinca no bloco monolítico da propriedade privada como coluna mestra do capitalismo: ‘os primeiros delineamentos da função social da propriedade devem-se a Auguste Comte, que buscou acabar com o caráter arbitrário e pessoal da propriedade privada, orientando-a para o bem da sociedade’.

A função social da propriedade privada refletirá no campo do direito comercial espelhando a função social da empresa. A defesa intransigente da propriedade privada foi atenuada a partir do reconhecimento da prevalência dos interesses coletivos sobre o interesse meramente privado.

O nascimento do conceito filosófico, político e econômico do socialismo na obra de Thomas Hobbes (1588-1679) *O Leviatã*, ou *Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*, de 1651²¹⁵; Karl Marx (1818-1883) com os quatro livros de *O Capital* publicados, respectivamente em 1867, 1885, 1894 e *Mais Valia* em 1905, que pregava a tomada da economia pelo proletariado; e, por fim, o *Fabianismo*, de Sidney e Beatrice Webb, que publicaram *Fabian Essays in Socialism*, em 1889.²¹⁶

²¹⁵ Hobbes foi a primeira voz contra a monarquia absolutista pregando a participação dos cidadãos através de um pacto social, vincando as bases para ‘O Contrato Social’, de Jean-Jacques Rousseau (1712-1778).

²¹⁶ O movimento fabianista, acompanhado por Virginia Wolf, Bertrand Russel e George Bernard Shaw, dentre outros intelectuais ingleses do século XIX, tem esse nome por causa de Quintus Fabius Maximus, imperador romano (275-203 a.C.) que venceu a Segunda Guerra Púnica contra Cartago e seu famoso combatente Aníbal, porque, ao contrário do marxismo, pregava a vitória do socialismo pela mesma tática empregada pelo romano de evitar o confronto direto e ganhar a guerra mediante batalhas menores e mais eficazes.

Mas, antes disso, e por outra vertente, a filosófica e não a política, nos estudos de August Comte²¹⁷ – o pai do positivismo filosófico (1712-1778) – teve início a transição do Estado Liberal para o Estado Social, conforme explica Ana Frazão.²¹⁸

Nessa linha e no veio jurídico constitucional, a Constituição Federal Alemã de 1919 (Constituição de Weimar) introduziu no direito a noção de função social da propriedade, provocando, segundo Habermas, ‘o fim da clausura sistêmica do direito privado, que sofreu um verdadeiro avassalamento por princípios de direito público’.²¹⁹

Essa transição é sentida no direito brasileiro quando confrontamos as disposições da Constituição Imperial de 1824 (artigo 179, XXII), com as disposições da Constituição Federal de 1891, que introduziu a possibilidade da desapropriação pelo interesse público em seu artigo 72, §17:

XXII. E' garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

§17 – O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.

Mas, foi só na Constituição de 1934 que se introduziu, no direito brasileiro, a noção de interesse social ou coletivo, conforme redação do artigo 113, §17:

É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

A Constituição Federal de 1946 já havia estabelecido em seu artigo 147 que ‘o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social’.

²¹⁷ Isidore Auguste Marie François Xavier Comte nasceu em 19 de janeiro de 1798, em Montpellier (França). Morreu em 5 de setembro de 1857, aos 59 anos. O positivismo filosófico de Comte não tem qualquer relação com o positivismo jurídico. (BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico. São Paulo: Ícone, 2006).

²¹⁸ FRAZÃO, Ana. Função social da empresa. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.95.

²¹⁹ HABERMAS, Jünger. Facticidad y validez apud FRAZÃO, Ana. Função social da empresa. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.98.

A substituição da noção de ‘interesse social ou coletivo’ pela noção de ‘função social da propriedade’, no entanto, só veio, com esses termos, na Emenda Constitucional n.º.1, de 1989, que substituiu a Constituição Federal de 1967, mantendo o instituto da desapropriação por interesse público, nos mesmos termos da Constituição de 1981 e introduzindo no capítulo dedicado à ordem econômica a noção de ‘função social da propriedade’ como um princípio jurídico:

Artigo 159 – É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no Artigo 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título de dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

Artigo 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

[...]

III – função social da propriedade;

Outros passos no mesmo sentido vemos no artigo 182, §2º da Constituição Federal de 1988: ‘a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor’ e, ainda, no artigo 186, que trata da propriedade rural:

a função social da propriedade rural é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada aos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e, IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

A função social da empresa decorre do princípio constitucional da função social da propriedade, conforme demonstrou Ana Frazão com base em Fábio Konder Comparato²²⁰, ao concluir, pela primeira vez, que o princípio constitucional da função social da propriedade fazia nascer, em seu bojo, o princípio da função social da empresa, acarretando a distinção entre propriedade estática (móvel e imóvel) e propriedade dinâmica (a empresa), feita por Isabel Vaz.²²¹

²²⁰ FRAZÃO, Ana. A função social da empresa. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.95. Texto baseado em COMPARATO, Fábio Konder. A função social da propriedade dos bens de produção. Revista do Direito Mercantil, jul.-set.1986, RT, v.63.

²²¹ VAZ, Isabel. Direito econômico da propriedade. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.145.

Mas, não é só. O Código Civil, em seu artigo 421, estendeu o princípio constitucional da função social da propriedade para os contratos: ‘Artigo 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato’.

Não podemos nos esquecer de que as empresas são constituídas mediante contratos (estatutos para as anônimas e fundações e contratos sociais para as limitadas e sociedades empresariais menores), razão pela qual existem duas forças convergentes na definição de função social da empresa: uma constitucional e outra legal.

Não há porque desprezar o princípio legal veiculado pelo artigo 421 do Código Civil diante do princípio constitucional previsto pelo artigo 5º, XXIII e artigo 170, III da Constituição Federal, porque ambos se completam no sentido de que a empresa, na qualidade de propriedade dinâmica e constituída mediante ajuste legal de vontades, sofre, de ambos os lados, a necessidade de se pautar conforme os interesses da coletividade onde atua, e não só no interesse de sócios ou investidores. Entre o mercado e a sociedade pulsa o coração da sociedade empresária.

Deste princípio decorre necessariamente o princípio da preservação da empresa porque se a propriedade dinâmica deve exercer uma função social também é verdade que a legislação deve proteger significativamente a propriedade concebida como tal.

Diversamente dessas condicionantes de decisões judiciais e interpretações particulares, existem proposições deduzidas de regras positivadas e que ganham generalidade, quiçá universalidade, de pensamento, e formarão os princípios implícitos. Um princípio implícito é uma norma jurídica deduzida de outras normas jurídicas com método correto e facilmente demonstrável, de caráter estritamente jurídico, sem a influência de fatores estranhos ao direito, tais como a religião e a política.

O princípio da inerência do risco na atividade empresarial decorre, inicialmente, de um fator não jurídico, natural, que é a constatação da existência de condições externas e internas que afetam sobremaneira a finalidade desse procedimento.

O empreendedor, antes de se tornar empresário, decide dedicar-se a uma determinada atividade, não porque lhe seja agradável como *hobby*, mas principalmente porque vai lhe trazer compensações econômicas. É genético ao ser

humano buscar felicidade. O homem faz de tudo para ser feliz. É tão importante como sua própria alimentação ou sobrevivência. E, na maioria das vezes, a felicidade sempre está ligada à obtenção de melhor qualidade de vida. Dizem que o fracasso do comunismo, em todos os lugares onde foi tentado, se dá exatamente porque o ser humano não se contenta com o mínimo necessário à sua sobrevivência. Ele sempre quer mais. E esse querer mais para o empreendedor é obter lucro na sua atividade como meio e meta de prosperidade.

A obtenção de lucro em qualquer atividade econômica é cercada de riscos que podem levar a empreitada ao insucesso. Como vimos, toda crise na empresa tem sua origem na dificuldade de obter lucro. Enquanto houver lucro, não haverá crise empresarial. O risco faz parte integrante de qualquer atividade humana. O simples caminhar traz o risco do tombo. O simples respirar traz o risco do espirro ou do soluço. O simples mastigar traz o risco do engasgo. A diferença entre os riscos de qualquer atividade humana e os riscos da atividade empresarial está nas consequências trazidas pela sua ocorrência.

Os riscos da atividade humana causam danos individuais, perfeitamente caracterizados, mensuráveis e facilmente sanáveis; enquanto os riscos empresariais têm consequências universais. Afetam toda uma coletividade que dependa, direta ou indiretamente, da atuação do empreendedor. A crise na empresa, depois de instaurada, traz prejuízos ao empresário, aos empregados dessa atividade, seus familiares, aos fornecedores, aos investidores e até ao próprio Poder Público em virtude da falta de pagamento de tributos.

A constatação da inerência do risco à atividade empresarial, por si só, não traz motivo algum para se cogitar da necessidade de formular um princípio jurídico a ser introduzido no respectivo ordenamento, como condutor da atividade legislativa e orientador de atividade jurisdicional se não fosse a existência de princípios, inclusive constitucionais, no mesmo sentido.

Quando a Constituição Federal introduz no ordenamento jurídico a regra de função social da propriedade, 'arranhando' o secular e basilar princípio da propriedade privada, e a lei ordinária prescreve a necessidade de se preservar a empresa como razão principal do sistema econômico, surge a obrigação de se ter mais cautela contra um dos principais fatores de instabilidade do sistema econômico, a possibilidade de fracasso da atividade empresarial.

É preciso reconhecer a existência do risco empresarial, e para dar cumprimento à função social da empresa e aos cuidados para preservá-la, cuidar para amenizar de maneira eficaz a possibilidade do aparecimento desses riscos.

CONCLUSÕES

O princípio da inerência do risco da atividade empresarial, no dizer de Fábio Ulhoa Coelho, a quem coube primeiramente denunciá-lo, é especial e implícito. Especial porque sua aplicação e área de influência se restringe a um campo específico do direito comercial, o direito falimentar; e implícito porque ainda não foi positivado.

E, provavelmente, o será com a aprovação pelo Congresso Nacional de um dos dois projetos de lei: o Projeto de Lei nº. 1.572/2011, em tramitação pela Câmara dos Deputados, ou o Projeto de Lei nº. 487/2013, em tramitação pelo Senado Federal, ambos de sua lavra.

Ainda implícito e não positivado porque os projetos de lei referidos estão em tramitação. Tanto o Projeto de Lei nº. 487/2013 mais aperfeiçoado, como o Projeto de Lei anterior (nº. 1.572/2011), trazem, respectivamente, nos artigos 33 e 34 (Projeto de Lei do Senado), e nos artigos 595 e 596 (Projeto de Lei da Câmara dos Deputados), este princípio explícito, com a mesma redação:

Por adotar o princípio da inerência do risco a qualquer atividade empresarial, este Código reconhece que a crise pode sobrevir à empresa mesmo nos casos em que o empresário e administrador agiram em cumprimento à lei e aos seus deveres e não tomaram nenhuma decisão precipitada, equivocada ou irregular.

[...]

Em razão do impacto social da crise na empresa, sua prevenção e solução serão destinadas não somente à proteção dos interesses do empresário, seus credores e empregados, mas também, quando necessário e possível, à proteção dos interesses metaindividuais relacionados à continuidade da atividade empresarial.

Mesmo antes da positivação, é importante a implementação desse princípio pelos intérpretes do direito falimentar.

A atividade empresarial é uma atividade lícita, desejada pela ordem jurídica, como expressão máxima do princípio constitucional do capitalismo, veiculado pela adoção dos princípios da propriedade privada dos meios de produção, da liberdade de iniciativa, da livre concorrência e da preservação da empresa.

Da observância desses princípios constitucionais decorre a necessidade de se reconhecer que a atividade empresarial traz em si o germe do risco e de que é sumamente importante criar uma teia de normas jurídicas para proteger a atividade empresarial, conseqüentemente um mercado sadio, que resultará no aprimoramento das

instituições e especialmente dos empregos, dos investimentos, da arrecadação de tributos, e da sociedade como um todo.

Admitindo-se a inerência do risco da atividade empresarial, a necessidade da preservação da empresa para realizar o objetivo maior da sua função social, de progresso e de desenvolvimento da economia de uma nação, não faz mais sentido tratar o contrato empresarial, em suas diversas apresentações, como uma espécie de contrato de direito civil, apesar da unificação legislativa do direito privado brasileiro, que se fez com a edição do Código Civil de 2002, que revogou a maior parte do Código Comercial de 1850, e passou a tratar da mesma forma o contrato de compra e venda, troca, estimatório, mandato, comissão, agência e distribuição, corretagem, transporte, seguro, jogo e fiança.

Nunca é demais lembrar que o Código Civil de 2002 introduziu no Brasil a noção de empresa como a atividade de coordenação dos fatores de produção e circulação de bens e serviços que transformou o antigo conceito de comerciante, separando definitivamente a empresa do empresário.

Ademais, a consideração da existência de um princípio da inerência do risco na atividade empresarial, sinalizando que é salutar a interferência do Estado na ordem econômica, em um regime capitalista, para realizar o verdadeiro equilíbrio entre o princípio constitucional da livre iniciativa e a função social da propriedade dinâmica. O objetivo é zelar pela manutenção da atividade econômica por meio da adoção de critérios para a manutenção da fonte produtora – a empresa, não quer dizer que a lei, e nem o Poder Judiciário, deverão implantar um regime de impunidade ao empresário negligente. Pelo contrário, o reconhecimento da existência desse princípio deverá, conforme nosso entendimento, conscientizar o investidor para cuidar melhor de seus investimentos, fazer o legislativo aprimorar as regras de controle das causalidades, e sugerir aos membros do Poder Judiciário um aprimoramento intelectual para que não julguem as causas de direito empresarial sob a ótica do direito privado, menos ainda do direito do consumidor, reconhecendo a autonomia do direito empresarial.

Parafraseando Wanderley Fernandes nas conclusões de sua obra²²², ‘esperamos que, em face de tudo o que foi analisado, as conclusões apontadas possam contribuir para o debate’ à propósito da pertinência de se estudar melhor a influência da adoção do

²²² FERNANDES, Wanderley. Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade. São Paulo: Saraiva, 2013, p.401.

princípio da inerência do risco na atividade empresarial, tanto pelo legislativo como pelo judiciário, para ensejar a melhor compreensão do fenômeno e adequar a legislação e as decisões judiciais para se esforçarem no sentido de reduzir os riscos do negócio, para incrementar as atividades negociais, tão necessárias à economia do país.

No campo do direito falimentar onde exerce maior influência, se levado em consideração pelos legisladores competentes, duas alterações se impõem:

a) a extinção do inciso III do art. 94 da Lei de Falências e Recuperação de Empresas:

O inciso III do art. 94 da Lei Federal n.º. 11.101 de 2005, prevê a prática, pelo empresário ou administradores de sociedade empresária, de uma série de atos, como descritos abaixo, nos quais surge a percepção subjetiva de que ele se encontra em “estado falimentar”. Era assim a cultura do século XIX, na qual o comerciante era considerado um provável criminoso. A raiz dessa cultura está no direito romano, desde a Lei das XII Tabuas (470 a.C), cuja Tábua III considerava o devedor como criminoso,²²³ e no direito canônico²²⁴ que influenciou o mundo até começar a diminuir sua influência no século XVI.

O discurso sobre a usura - sua proibição e punição – fundamenta-se nas lógicas cristãs. A condenação de sua prática remonta à própria história do cristianismo. No Antigo Testamento, mais precisamente no livro do Deuteronômio, adverte-se: "Não exigirás do teu irmão juro nenhum, nem por

²²³ TÁBUA TERCEIRA - Dos direitos de crédito

1. Se o depositário, de má fé, praticar alguma falta com relação ao depósito, que seja condenado em dobro.
2. Se alguém colocar o seu dinheiro a juros superiores a um por cento ao ano, que seja condenado a devolver o quádruplo.
3. O estrangeiro jamais poderá adquirir bem algum por usucapião.
4. Aquele que confessar dívida perante o magistrado, ou for condenado, terá 30 dias para pagar.
5. Esgotados os 30 dias e não tendo pago, que seja agarrado e levado à presença do magistrado.
6. Se não pagar e ninguém se apresentar como fiador, que o devedor seja levado pelo seu credor e amarrado pelo pescoço e pés com cadeias com peso máximo de 15 libras; ou menos, se assim o quiser o credor.
7. O devedor preso viverá à sua custa, se quiser; se não quiser, o credor que o mantém preso dar-lhe-á por dia uma libra de pão ou mais, a seu critério.
8. Se não houver conciliação, que o devedor fique preso por 60 dias, durante os quais será conduzido em três dias de feira ao comitium, onde se proclamará, em altas vozes, o valor da dívida.
9. Se não muitos os credores, será permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre.

²²⁴ Regras impostas pela Igreja Católica que tem a sua origem no *Codex canonum ecclesiasticorum* do Frei Dionísio, o pequeno, que viveu em Roma como monge entre 500 até 545. Decorre, historicamente, da adoção do catolicismo como religião oficial do Império Romano pelo Imperador Constantino, que legalizou seu culto em 313 por meio do Édito de Milão.

dinheiro nem por víveres, nem por nenhuma coisa que se preste ao pagamento de juros"

. Também no Novo Testamento, Lucas diz: "Se vós emprestais àqueles de quem esperais restituição, que mérito tendes? Porque os pecadores emprestam aos pecadores com o fim de receberem o equivalente (...) Emprestai sem nada esperar em troca e vossa recompensa será grande" Jacques Le Goff, numa obra que se tornou referência sobre o tema para o período medieval²²⁵, apresenta a história da usura para essa época: "(...) Santo Ambrósio: "Usura é receber mais do que se deu (Usura est plus accipete quam dare)"; de São Jerônimo: "Chama-se usura o excedente a qualquer coisa, se alguém recebe mais do que deu (Usuram appellari et superabundantiam quidquid illud est, si ab eo quod dederit plus acceperit)"; da capitular de Nimega (806): "Existe usura onde se reclama mais do que se dá (Usura est ubi amplius requiritur quam datur)"; e do Decreto de Graciano: "Tudo o que é exigido além do capital é usura (Quidquid ultra sortem exigitur usura est)".²²⁶

A atividade comercial, fundada na obtenção de lucro pelo comerciante, durante muito tempo foi considerada uma atividade à margem da lei (romana e canônica), e essa tendência se estendeu ao direito brasileiro pela influência do direito português desde as Ordenações Afonsinas do Sec. XV.

A redação do inciso III, destoa do novo espírito da lei falimentar ao dotar de efeitos jurídicos perversos - a decretação de falência - algumas condutas ou omissões do administrador da sociedade empresária, que sob outro prisma podem ser consideradas normais dentro de circunstâncias excepcionais.

Por tudo o que foi aqui exposto até agora, vimos que a nova lei de falências e recuperações faz uma separação drástica entre a sociedade empresária e seus dirigentes. Sepulta definitivamente a figura do 'comerciante', que iluminou a legislação anterior revogada. E, consagrou o princípio da preservação da empresa, dos postos de trabalho, da saúde financeira dos fornecedores e colaboradores, e se preocupou com a fonte de recursos para a manutenção do Estado. A nova lei foi escrita sob a luz da função social da empresa, e a manutenção da possibilidade de decretação de falência de sociedade empresária sem a caracterização de sua inadimplência ou impontualidade é manifestadamente contra a nova orientação filosófica do instituto. O fato caracterizados do estado falimentar é, sem dúvida, a impontualidade. Característica jurídica da

²²⁵ LE GOFF, Jacques. *A bolsa e a vida: a usura na idade média*. 4º ed., São Paulo: Editora brasiliense, 1989, p. 25/26.

²²⁶ SILVA, Maria Eduarda Praxedes: *O valor do lucro: usura e justiça nas Ordenações Afonsinas (séc. XV)*. Monografia apresentada ao Departamento de História do Instituto de Ciências Humanas da Universidade de Brasília para a obtenção do grau de bacharel em História, sob a orientação da Prof.^a Dra. Maria Filomena Pinto da Costa Coelho. Data da defesa: 4 de março de 2013.

In http://bdm.unb.br/bitstream/10483/4656/1/2013_MariaEduardaPraxedesSilva.pdf. acesso em 27/06/2019.

insolvência. Os atos e omissões relacionados no inciso III do art. 94, tratam de condutas que não caracterizam nem a insolvência e nem a impontualidade de forma clara e insofismável. Presunção não é acolhida pelo direito falimentar.

E, sob outra ótica, pode ensejar condutas adversas de concorrentes. Se, por exemplo, encontrar fechado o estabelecimento, (letra ‘f’ do inciso III)²²⁷ pode tirar uma fotografia, e com base nela requerer a decretação da falência do adversário. Mesmo que no processo se demonstre que o estabelecimento estava fechado por luto em família, o estrago já estará feito e é irremediável, porque ficará constando sempre no cadastro da empresa o requerimento de falência.

Vejamos:

Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

.....

III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

- a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;
- b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;
- c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;
- d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor;
- e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;
- f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento.

Qualquer uma dessas hipóteses remete à vetusta figura do ‘comerciante’, uma vez que é cópia exata do extinto artigo 2º do Decreto lei nº. 7661/45:

Art. 2º Caracteriza-se, também, a falência, se o comerciante:

.....

II - procede a liquidação precipitada, ou lança mão de meios ruinosos ou fraudulentos para realizar pagamentos;

.....

IV - realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o fito de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócios simulado, ou alienação de parte ou da totalidade do seu ativo a terceiro, credor ou não;

V - transfere a terceiro o seu estabelecimento sem o consentimento de todos os credores, salvo se ficar com bens suficientes para solver o seu passivo;

VI - dá garantia real a algum credor sem ficar com bens livres e desembaraçados equivalentes às suas dívidas, ou tenta essa prática, revelada a intenção por atos inequívocos;

²²⁷ f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;

VII - ausenta-se sem deixar representante para administrar o negócio, habilitado com recursos suficientes para pagar os credores; abandona o estabelecimento; oculta-se ou tenta ocultar-se, deixando furtivamente o seu domicílio.

Assim, por absoluta falta de adequação à nova lei de falência, fica aqui a sugestão de sua imediata revogação.

Todas as hipóteses criadas nas letras “a” a “f” já foram contempladas pela legislação penal: “meios fraudulentos”, “fraudar credores”, “negócios simulados”; ou podem ser consideradas instrumentos de marketing; “liquidação”, “alienação do ativo”. Outras são de cunho subjetivo que, ao contrário dos princípios gerais de direito, pune a intenção do agente.

A legislação falimentar, cujo princípio básico é a preservação da empresa e a rápida eliminação de empresas inviáveis, tem como fundamento a insolvência jurídica, que é caracterizada pela impontualidade comprovada. Nenhuma das hipóteses do inciso III do art. 94 trata da impontualidade, mas permite a instauração de processo falimentar contra empresário ou sociedade empresária sem a devida caracterização de sua insolvência.

b) no mesmo espírito, devem ser revogados todos os artigos da lei de falência que tratam de ‘crimes falimentares’.

De fato, os arts. 168 a 178 da Lei n.º. 11.101/2005 são redundantes com a legislação criminal. E, principalmente porque só se materializam se e quando for decretada a falência da sociedade nos exatos termos do art. 180.²²⁸ Pelo contrário, se não for decretada a falência, todas essas condutas são legais e corretas, o que é um absurdo. Ou seja, raciocinando-se ao contrário, parece que a lei imuniza o empresário pelas práticas descritas nos arts. 168 a 178 da Lei Falimentar e que este só será passível de punição por essas práticas, se e quando tiver a sua falência decretada ou deferido pedido de recuperação. A decretação de falência e a concessão de recuperação são as condições objetivas de punibilidade. Aí está o caráter odioso da lei falimentar que não pretende punir ou evitar a prática dos atos individualizados nos arts. 168 a 178 da lei,

²²⁸ Art. 180 da Lei n.º. 11.101/2005: “A sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial de que trata o art. 163 desta Lei é condição objetiva de punibilidade das infrações penais descritas nesta Lei.”

mas punir o empresário cuja atividade não foi exitosa e sobreveio a decretação de sua falência ou exigiu dele o pedido de recuperação judicial ou extrajudicial.

Outro argumento que reforça a adoção dessa visão medieval da atividade econômica é o fato de que não existe qualquer crime, mesmo que o empresário pratique todos os atos desenhados nos arts. 168 a 178 da Lei Falimentar, se a sua dívida for inferior a 40 (quarenta) salários mínimos, em face do que preceitua o art. 94, inciso I da Lei, porque, nesse caso, a sua falência não poderá ser decretada e, portanto, não ocorrerá a condição de punibilidade.

Também repulsa é a diferenciação que a Lei Falimentar faz entre os possíveis criminosos, que muito embora, pratiquem o mesmo ato considerado lesivo à ordem pública, são diferentemente apenados, em razão de uma condição absolutamente estranha que é o fato de ter uma constituição empresarial diferente: se se tratar de uma empresa de pequeno porte ou microempresa, o empresário, seu titular, praticante dos mesmos atos previstos nos arts. 168 a 178, terá a sua pena reduzida, não em decorrência de fatos diretamente ligados à sua pessoa ou ao ato punível, mas à qualidade da empresa que titulariza. Diz o § 4º do art. 168 da Lei Falimentar:

“Tratando-se de falência de microempresa ou de empresa de pequeno porte, e não se constatando prática habitual de condutas fraudulentas por parte do falido, poderá o juiz reduzir a pena de reclusão de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) ou substituí-la pelas penas restritivas de direitos, pelas de perda de bens e valores ou pelas de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.”

Como se vê, o desenho legislativo dos antigamente denominados “crimes falimentares” e hoje simplesmente “crimes em espécie” está inegavelmente corrompido pelo sentimento antigo sobre o falido como verdadeiro criminoso, “fraudadores, enganadores, velhacos”.

A simples leitura dos arts. 168 a 178 da Lei Falimentar mostra que temos razão, porque tais hipóteses ou já estão configuradas no Código Penal ou podem ocorrer sem que o empresário tenha qualquer responsabilidade sobre o evento colocado na hipótese normativa.

Por exemplo, o art. 168, trata da hipótese da prática de “fraude a credores”, de uma maneira vaga e imprecisa, resultando, na prática, que nenhum juiz poderá imputar esse comportamento a alguém sem uma grande dose de arbitrariedade. Diz o art. 168, que:

“Art. 168. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem.”

O que é “ato fraudulento” na atividade empresarial? Vender abaixo do custo em procedimento normal de “marketing”? Dizer que o seu produto é melhor do que o do concorrente? Nos incisos I a V desse artigo verifica-se que o legislador entende ser fraudulento a ação de empresário que: “I – elabora escrituração contábil ou balanço com dados inexatos; II – omite, na escrituração contábil ou no balanço, lançamento que deles deveria constar, ou altera escrituração ou balanço verdadeiros; III – destrói, apaga ou corrompe dados contábeis ou comerciais armazenados em computador ou sistema informatizado; IV – simula a composição do capital social; V – destrói, oculta ou inutiliza, total ou parcialmente, os documentos de escrituração contábil obrigatórios.” e ainda, manteve que “contabilidade paralela”, vulgarmente denominada de “caixa dois”. Todas essas condutas já estão previstas no Código Penal, como crimes autônomos, e não poderiam estar condicionados à prévia decretação de falência ou pedido de recuperação. Se o empresário comete qualquer das condutas descritas nos incisos I a V do citado art. 168 da Lei de Falência e Recuperações, independentemente de decretação anterior de falência ou no curso de pedido de recuperação, haverá que ser punido. Em outras palavras: se o empresário desonesto elabora escrituração fiscal com dados inexatos, pratica a denominada “caixa dois”, corrompe dados contábeis, simula a composição do capital social para obter empréstimo bancário, mas não tem a sua falência decretada e nem requereu os benefícios da recuperação judicial ou extrajudicial, estará ele isento de pena? Se todas essas condutas são crimes autônomos, como previstos nos arts. 151, 152, 153, 154 do Código Penal, art. 195 da Lei 9.279/96, arts. 171, 175, 177 do Código Penal, no art. 11 da Lei 7.492/86, e na Lei n. 8.137/90, evidentemente não há necessidade de reproduzi-los porque essa reprodução na Lei de Falência e Recuperações que tem a finalidade de preservação da empresa e proteção da atividade econômica e seu fim social só tem o caráter de grave ameaça à atividade empresarial, sem nenhum outro resultado prático.

O que queremos ressaltar é que qualquer dessas condutas é crime por si só, não importando se houve ou não decretação de falência para se caracterizar o caráter criminosos dessas condutas, porque, qualquer delas, mesmo se não for decretada a falência do empresário, ele estaria sujeito às penalidades porque estaria infringindo os

termos do seu respectivo contrato social e utilizando a pessoa jurídica para a obtenção de fins ilícitos, como por exemplo a sonegação fiscal. A manutenção dessas hipóteses na Lei Falimentar em nada agrega na necessidade de ser a atividade empresarial uma atividade de risco minimizado.

Nos dispositivos seguintes temos as mesmas hipóteses; ou seja: a repetição inútil de condutas delitivas já reguladas em seus espaços próprios, tais como:

a) violação de sigilo empresarial:

Art. 169. Violar, explorar ou divulgar, sem justa causa, sigilo empresarial ou dados confidenciais sobre operações ou serviços, contribuindo para a condução do devedor a estado de inviabilidade econômica ou financeira.

O Código Penal, por sua vez, em seus artigos 153 e 154, definem como crime a violação e a divulgação do segredo profissional nos seguintes termos: “divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem” e “revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem.”;

b) divulgação de informações falsas:

Art. 170. Divulgar ou propalar, por qualquer meio, informação falsa sobre devedor em recuperação judicial, com o fim de levá-lo à falência ou de obter vantagem.

Essas hipóteses estão compreendidas nas definições de calúnia, injúria e difamação, mais amplas do que a redação desse art. 170, como se vê do art. 139 do Código Penal (Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação), no art. 3º da Lei 7.492/86 (Art. 3º Divulgar informação falsa ou prejudicialmente incompleta sobre instituição financeira) e art. 195 da Lei 9.279/96, que em seus 14 incisos define os crimes de concorrência desleal)

c) fraude processual, denominada de “indução a erro”:

Art. 171. Sonegar ou omitir informações ou prestar informações falsas no processo de falência, de recuperação judicial ou de recuperação extrajudicial, com o fim de induzir a erro o juiz, o Ministério Público, os credores, a assembleia-geral de credores, o Comitê ou o administrador judicial.

A hipótese já está prevista nos arts. 299 e 347 do Código Penal:

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

e

Art. 347 - Inovar artificialmente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito:

Parágrafo único - Se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro.

d) fraude a credores, denominada de “favorecimento de credores”;

Art. 172. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar plano de recuperação extrajudicial, ato de disposição ou oneração patrimonial ou gerador de obrigação, destinado a favorecer um ou mais credores em prejuízo dos demais.

Essas hipóteses estão contempladas nos arts. 348 e 349 do Código penal que cuidam de favorecimento real e pessoal, nos seguintes termos:

Art. 348 - Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão:

Art. 349 - Prestar a criminoso, fora dos casos de coautoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime.

Além disso configuram concurso material ou concurso formal e crime continuado, como preveem os art. 29, 69, 70 e 71 do Código Penal, nos seguintes termos:

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

e) furto qualificado, denominado de “desvio, ocultação ou apropriação de bens”:

Art. 173. Apropriar-se, desviar ou ocultar bens pertencentes ao devedor sob recuperação judicial ou à massa falida, inclusive por meio da aquisição por interposta pessoa.

Aqui, temos a figura simples do furto (art. 155) ou o de apropriação indébita (art.168) no Código Penal, que, dizem, respectivamente:

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel.

.....

Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção.

Ou, ainda, o art. 5º da Lei 7.492/86, que diz:

Art. 5º Apropriar-se, quaisquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, de dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem móvel de que tem a posse, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio:

f) apropriação indébita, denominada de “aquisição, recebimento ou uso ilegal de bens”:

Art. 174. Adquirir, receber, usar, ilicitamente, bem que sabe pertencer à massa falida ou influir para que terceiro, de boa-fé, o adquira, receba ou use.

Esse dispositivo não se aplica aos casos de recuperação judicial ou extrajudicial, porque trata da hipótese de aproveitamento dos bens da massa falida pela disposição desses bens ou o simples uso pessoal ou a facilidade para que terceiro o faça, o que já está previsto no citado art. 168 do Código Penal, e mesmo nas hipóteses de concurso previsto nos arts. 29, 69, 70 e 71 do Código Penal.

g) fraude processual, denominada de “Habilitação ilegal de crédito”

Art. 175. Apresentar, em falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, relação de créditos, habilitação de créditos ou reclamação falsas, ou juntar a elas título falso ou simulado.

A falsidade documental é prevista nos arts. 297 e 298 do Código Penal, e ainda no art. 14 da Lei 7.492/86, nos seguintes termos:

Art. 297 - Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:

§ 1º - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte.

§ 2º - Para os efeitos penais, equiparam-se a documento público o emanado de entidade paraestatal, o título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular.

§ 3º Nas mesmas penas incorre quem insere ou faz inserir: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

.....

III - em documento contábil ou em qualquer outro documento relacionado com as obrigações da empresa perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter constado. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

e

Art. 298 - Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro: (Vide Lei nº 12.737, de 2012.);

e

Art. 14. Apresentar, em liquidação extrajudicial, ou em falência de instituição financeira, declaração de crédito ou reclamação falsa, ou juntar a elas título falso ou simulado:

h) exercício ilegal de profissão, denominada de “Exercício ilegal de atividade”:

Art. 176. Exercer atividade para a qual foi inabilitado ou incapacitado por decisão judicial, nos termos desta Lei.

O art. 47 da Lei das Contravenções Penais, dispõe:

Art. 47. Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício.

E, o art. 282 do Código Penal dispõe para o exercício de medicina, odontologia, ou farmácia, o que poderia ser estendido:

Art. 282 - Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites:

i) prevaricação e apropriação indébita, denominada de “Violação de impedimento”

Art. 177. Adquirir o juiz, o representante do Ministério Público, o administrador judicial, o gestor judicial, o perito, o avaliador, o escrivão, o oficial de justiça ou o leiloeiro, por si ou por interposta pessoa, bens de massa falida ou de devedor em recuperação judicial, ou, em relação a estes, entrar em alguma especulação de lucro, quando tenham atuado nos respectivos processos.

Os arts. 312 (peculato), 316 (concussão), 317 (corrupção passiva) e 319 (prevaricação) do Código Penal, combinado com o 168, supratranscrito, preveem as mesmas hipóteses aqui tratada em outros termos, mas com os mesmos fatos e fundamentos:

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio.

Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida.

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:

e

Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção:

j) Omissão dos documentos contábeis obrigatórios

Art. 178. Deixar de elaborar, escriturar ou autenticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar o plano de recuperação extrajudicial, os documentos de escrituração contábil obrigatórios.

Quem elabora, escritura ou autentica documentos contábeis é o contador, profissional reconhecido e habilitado, que, além das responsabilidades internas do

Código de Ética, tem responsabilidade civil e criminal, como se vê da redação dos arts. 147 e 424 do Código Civil e arts. 342 e 343 do Código penal:

Art. 147. O perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas, responderá pelos prejuízos que causar à parte, ficará inabilitado, por 2 (dois) anos, a funcionar em outras perícias e incorrerá na sanção que a lei penal estabelecer.

Art. 424. O perito pode ser substituído quando:

I - carecer de conhecimento técnico ou científico;

II - sem motivo legítimo, deixar de cumprir o encargo no prazo que lhe foi assinado.

Parágrafo único. No caso previsto no inciso II, o juiz comunicará a ocorrência à corporação profissional respectiva, podendo, ainda, impor multa ao perito, fixada tendo em vista o valor da causa e o possível prejuízo decorrente do atraso no processo.

Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral.

Art.343. Dar, oferecer ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação.

A tarefa de escrituração dos documentos de qualquer sociedade empresária está tratada em tantos documentos que o art. 178 da Lei Falimentar é totalmente inócuo, inoportuno, como já demonstramos, porque, dentre outros, essa atividade é regulada, de modo expresso, no próprio Código Civil:

Art. 1.177. Os assentos lançados nos livros ou fichas do preponente, por qualquer dos prepostos encarregados de sua escrituração, produzem, salvo se houver procedido de má-fé, os mesmos efeitos como se o fossem por aquele.

Parágrafo único. No exercício de suas funções, os prepostos são pessoalmente responsáveis perante os preponentes, pelos atos culposos; e, perante terceiros, solidariamente com o preponente, pelos atos dolosos.

Já o art. 1.178 do CC destaca que os contabilistas são tão responsáveis quanto o empresário e, num processo judicial, são solidários à empresa e tem o seu patrimônio disponível para quitar dívidas.

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

Parágrafo único. Quando tais atos forem praticados fora do estabelecimento, somente obrigarão o preponente nos limites dos poderes conferidos por escrito, cujo instrumento pode ser suprido pela certidão ou cópia autêntica do seu teor.

Portanto, a inscrição de hipóteses delitivas em lei, que tem por finalidade socorrer empresas em dificuldade, não se coaduna com a orientação dada pelas modernas leis mundiais falimentares, cujo norte é a salvação do empreendedorismo.

Nossa legislação falimentar, como se vê na redação do art. 47, consagra o princípio da preservação da empresa. Portanto, cabe ao legislador desbastar as normas que cuidam das soluções das crises empresariais, para alijar delas o ranço medieval da pecha de criminoso embutido nas letras do inciso III do art. 94 e nas determinações dos arts. 168 e seguintes da lei de regência, numa aplicação especial do princípio inerência do risco na atividade empresarial e pelo necessário reconhecimento de que a empresa é o motor da economia de um país e elemento indispensável para o desenvolvimento humano.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. **Curso de direito falimentar**. 4.ed. São Paulo: RT, 1993.

ALENCAR, Martsung F.C.R. **O sistema jurídico: normas, regras e princípios**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1110, 16 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8628>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, André Gomma de. (Org.) BRASIL. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de Mediação Judicial**. De acordo com a Lei 13.140/15 (Lei de Mediação), a Lei 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil) e a Emenda 2 da Resolução 125/10. Brasília. 6.ed. 2016.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. 5.ed. Edição Popular Anotada por Adriano da Gama Kury. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BEZERRA, Adriano Ribeiro Lyra. **A verificação e a habilitação de créditos na recuperação judicial e na falência**. Revista da AASP n.84, set.2005.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências**. São Paulo: RT, 2007.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Aspectos procedimentais e político-criminais dos crimes disciplinados pela nova lei falimentar**. Boletim IBCcrim n.148, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UnB, 1997.

_____. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BURGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. São Paulo: Atlas, 1985.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkin, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teorias da Constituição**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 6.ed. São Paulo: Noeses, 2015.

_____. **Fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo, Saraiva, 2013.

_____. (Coord.). **Construtivismo lógico-semântico**. v.1. Preâmbulo. São Paulo: Noeses, 2014.

CERA, Denise Cristina Mantovani. **A obrigação tributária principal e a obrigação tributária acessória devem necessariamente estar previstas em lei?** Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2394597/>> . Acesso em: 24 jun. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Princípios de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de direito comercial**. v.III. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa; CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. **A reforma da lei de recuperação de empresas**. O Estado de S. Paulo. Publicado em 2 nov. 2017, p.A-2.

COLOMBO, Giuliano; COSTA, Patrícia Barbi. **Da verificação e da habilitação de créditos**. In: (Coord.) PAIVA, Luiz Fernando Valente de. **Direito falimentar e a nova lei de falências e de recuperação de em presas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

COMPARATO, Fabio Konder. **O seguro de crédito**. São Paulo: RT, 1968.

_____. A função social da propriedade dos bens de produção. **Revista do Direito Mercantil**, jul.-set.1986, RT, v.63.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Derecho y economia**. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

CORRÊA, Alexandre Augusto de Castro. **Existiu, em Roma, direito comercial?** Revista da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, v.65, p.67-103, jan. 1970. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66604>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sergio Mourão. **Comentários à**

nova lei de falência e recuperação de empresas. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DUARTE JUNIOR, Antonio Marques. **A importância do gerenciamento de risco corporativo em bancos.** In: (Org.) VARGA, Gyorgy. **Gestão de risco no Brasil.** Rio de Janeiro: Financial Consultoria, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas de direito.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Norma constitucional e seus efeitos.** São Paulo: Saraiva, 1992.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FARIA, Werter Rotunno. **Constituição econômica, liberdade de iniciativa e concorrência.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas.** São Paulo: Atlas, 2008.

FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade.** São Paulo: Saraiva, 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Curso de Extensão Universitária.** Associação dos Advogados de São Paulo ministrado entre os dias 12, 14 e 16 mar. 1973.

_____. **Introdução ao direito.** 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Teoria da norma jurídica.** Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. **Sistema jurídico e teoria geral dos sistemas.** Aulas do professor Tercio Sampaio Ferraz Junior, em 12, 14 e 16/03/1973. Apostila do “Curso de Extensão Universitária” da Associação dos Advogados de São Paulo.

FILKENSTEIN, Maria Eugênia. **Direito empresarial.** 6.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FORGIONI, Paula Andréa. **Princípios constitucionais econômicos e princípios constitucionais sociais.** Revista do Advogado, out. 2012.

_____. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado.** 2.ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Contratos empresariais – teoria geral e aplicação.** 3.ed. São Paulo: RT, 2018.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade**

administrativa no regime jurídico-administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e recuperação de empresa em crise.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FRAZÃO, Ana. **A função social da empresa.** Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. **Lógica jurídica, argumentação e racionalidade.** Revista Jus Navegandi, 2017.

GASSET Y ORTEGA, José. **Meditações do Quixote.** Rio: Libro Ibero-Americano, 1967.

GOBLOT, Edmond. **La logique des jugements de valeur.** Paris: Librairie Armand Colin, 1927.

GOMES, Orlando. **Introdução do direito civil.** 19.ed. São Paulo: Forense, 2007.

_____. **Contratos.** Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico.** São Paulo: RT, 1981.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto.** São Paulo: Malheiros, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **Princípios, a (in) segurança jurídica e o magistrado.** Revista Amagis Jurídica, n.7, 2012.

GUASTINI, Riccardo. **Distinguendo. Estudos de teoria e metateoria del derecho.** Barcelona: Gedisa, 1999.

GUERREIRO, José Alexandre. **Verificação de créditos.** In: (Coordenadores) SOUZA Jr., Francisco Satiro; PITOMBO, Antonio Sérgio de Moraes. **Comentários à lei de falência e recuperações.** São Paulo: RT, 2007.

GUERREIRO, Mario. **Princípio supremo.** Disponível em: <<https://www.institutoliberal.org.br>>. Acesso em: 01 mar.2018

HART, Herbert. **O conceito de direito.** 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSEN, Johannes. **Filosofia dos valores.** Coimbra: Armênio Amado, 1974.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Saraiva, 1998.

KIMURA, Herbert; MOORI, Roberto Giro; ASAKURA Oscar Kenjiro Norimassu. **Análise da difusão tecnológica usando algoritmos genéticos similares.** Revista de Administração de Empresas v.45, n.3, São Paulo, FGV, jul.-set. 2005.

KNIGHT, Frank Hyneman. **Risk, uncertainty, and profit**. Boston: Houghton Mifflin, 1921.

LACERDA, Jozé Cândido Sampaio de. **Manual de direito falimentar**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

_____. **Manual de direito falimentar**. 13.ed. Atualizada por Jorge de Miranda Magalhães. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

LAROUSSE CULTURAL, Grande Enciclopédia. São Paulo: Nova Cultural (antiga Abril Cultural), verbete **ULPIANO**, 1998.

LE GOFF, Jacques, **A bolsa e a vida: a usura na idade média**. 4º ed., São Paulo: Editora brasiliense, 1989.

LIVET, Pierre. **As normas – análise da noção, estudo de textos: Wittgenstein, Leibniz, Kelsen Aristóteles**. Petrópolis: Vozes, 2009.

LOBO, Jorge. **Direito concursal**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MACROPLAN. **Análise e construção de cenários**. Rio de Janeiro: Macroplan Prospectiva, Estratégia & Gestão, 2010.

MAMEDE, Gladston. **Falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith, **Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos**. Revista Direito GV. v.I. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. v.VIII. 7.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.

MESQUITA, Fernão Lara. **Sim, nós podemos**. In: O Estado de S. Paulo, 21 maio 2016.

MIGLIARI JUNIOR, Arthur. **Crimes de recuperação de empresas e falências de acordo com a Lei n.11.101/2005**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 2000.

MOCHÓN, Gregório Robles. **As regras do direito e as regras dos jogos – ensaio sobre a teoria analítica do direito**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.

O ESTADO DE S.PAULO. **Cresce a adesão à gestão de risco nas empresas**. Artigo publicado pela Petrobras, em 12 dez. 2017.

_____. **O custo da insegurança.** Editorial. Publicado em: 16 ago. 2017.

_____. **A quem cabe governar a cidade.** Editorial. Publicado em: 14 ago. 2017.

_____. **Nossa casaca rachada.** Fernando Reinach. Publicado em: 02 dez. 2017.

OLIVEIRA, Celso Marcelo. **Comentários à nova lei de falências.** São Paulo: Thompson - IOB, 2005.

OLIVEIRA, Daniela Rezende de. **Culpabilidade, livre arbítrio e responsabilidade jurídica: notas sobre o pensamento jurídico de Hans Welzel.** Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. v.6, dez. 2012.

PACHECO, José da Silva. **Processo de falência e concordata.** 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PERELMAN, Chain; TYTEKA, Lucie Olbrechts. **Tratado da argumentação, a nova retórica.** 2.ed. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercado.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado.** 3.ed. São Paulo: RT, 1984.

RAO, Vicente. **Ato jurídico.** São Paulo: Max Limonad, 1961.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Teoria tridimensional do direito.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar.** 17.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Curso de direito comercial.** São Paulo: Saraiva, 2012.

RICOEUR, Paul. **O si-mesmo como um outro.** Campinas: Papyrus, 1991.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI Jr., Irineu. **Teoria geral dos contratos – contratos empresariais e análise econômica.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito.** Coimbra: Almedina, 1988.

RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto. **Friedrich Karl von Savigny y el derecho internacional privado. Vigencia de su doctrina.** In: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P.; MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio (dirs). **Derecho internacional**

privado – derecho de la libertad y el respeto mutuo: **Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt**. Assunção: CEDEP/ASADIP – Biblioteca de derecho de la globalización, 2010.

SANTOS, Joaquim Antonio Penalva. **Obrigações e contratos na falência**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SILVA, José Antonio da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10.ed. São Paulo: RT, 1994.

SILVA, Maria Eduarda Praxedes. *O valor do lucro: usura e justiça nas Ordenações Afonsinas (séc. XV) UNB. 2013*

SZTAJN, Raquel; FRANCO, Vera Helena de Mello. **A função social da empresa**. In: **Falência e recuperação de empresa em crise**. São Paulo: Campus Jurídico, 2008

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TYLOR, Edward Burnett. **Primitive culture**. 6.ed. Londres: John Murray, 1920.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à lei de falências**. 4.ed. Atualizada por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VENOSA, Silvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito civil – direito empresarial**. São Paulo: Atlas, 2010.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. 5.ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

VILANOVA, Lourival. **Sobre o conceito de direito**. Recife: Imprensa Oficial, 1947.

_____. **Estruturas lógicas e sistema de direito positivo**. 3.ed. São Paulo: Noeses, 2005.

_____. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: Noeses, 2015.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Direito público e direito privado sobre o prisma das relações jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 1972.

WALD, Arnold. **A evolução do contrato e o novo Código Civil**. Palestra proferida no Seminário realizado em 14.02.2002. Anais do EMERJ. Debate o Novo Código Civil.

Referências normativas
(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação

ABNT NBR 6023: 2002 – Informação e documentação – Referências – Elaboração