

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Henrique Viana Pereira

**A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E AS REPERCUSSÕES SOBRE A
RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL DOS EMPRESÁRIOS**

Belo Horizonte
2014

Henrique Viana Pereira

**A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E AS REPERCUSSÕES SOBRE A
RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL DOS EMPRESÁRIOS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Professor Doutor Rodrigo Almeida Magalhães.

Belo Horizonte

2014

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

P436f Pereira, Henrique Viana
A função social da empresa e as repercussões sobre a responsabilidade civil e penal dos empresários / Henrique Viana Pereira. Belo Horizonte, 2014. 214f.

Orientador: Rodrigo Almeida Magalhães
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Responsabilidade social da empresa. 2. Direito empresarial. 3. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 4. Responsabilidade dos administradores de sociedades. I. Magalhães, Rodrigo Almeida. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.51

Henrique Viana Pereira

**A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E AS REPERCUSSÕES SOBRE
A RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL DOS EMPRESÁRIOS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães (orientador) – PUC Minas

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta – PUC Minas

Prof. Dr. Guilherme José Ferreira da Silva – PUC Minas

Prof. Dr. José Arthur di Spirito Kalil – PUC Minas

Prof. Dr. Rodolfo Barreto Sampaio Júnior – PUC Minas (suplente)

Belo Horizonte, 28 de julho de 2014.

*Para os meus pais, pelo
imprescindível apoio.*

AGRADECIMENTOS

A todos os professores do curso de pós-graduação da PUC/MG, em especial o Professor Doutor Rodrigo Almeida Magalhães, pela orientação, comprometimento e confiança.

À Cristina, meu amor, que me incentiva todos os dias.

Aos meus pais, pela educação e aprendizado diário.

Aos integrantes do escritório “Ariosvaldo Campos Pires Advogados”, especialmente ao Dr. Leonardo Guimarães Salles, pelo apoio e confiança.

Agradeço, também, a todos que, de alguma forma, contribuíram para o desenvolvimento da tese.

RESUMO

A tese é baseada na crença da busca pelo equilíbrio entre o exercício da empresa e a necessária harmonização para atingir o bem comum. Empresa é a atividade exercida pelo empresário, e o estabelecimento é o local onde essa atividade é exercida. Empresário é quem exerce, profissionalmente, atividade econômica organizada. Considera-se que a Constituição funciona como o núcleo de um imaginário fundacional da República, é, portanto, centro de todo o ordenamento jurídico. Todos os ramos do direito estão ligados à Constituição e devem ser lidos a partir dela. A Constituição de 1988 exige uma postura mais ativa dos operadores do direito nas relações públicas ou privadas. Não se deve falar em Direito Privado separado dos direitos fundamentais. Os princípios demonstram a necessária junção entre os interesses capitalistas e os interesses sociais. Defende-se uma dimensão ativa da função social da empresa. Para isso, foi necessário delinear os elementos da responsabilidade civil do empresário, bem como as fontes dessa responsabilidade. Crime é fato típico, ilícito e culpável e a responsabilidade penal somente é admitida em último caso, devendo o Direito Penal ser tratado como direito de *ultima ratio*, observando-se os princípios. A responsabilidade penal da pessoa jurídica é admitida no Brasil, nos casos de crimes ambientais. A relação da função social da empresa com os *stakeholders* demonstra sua dimensão impulsiva e sua relevância. A propriedade, a posse, o contrato e, até mesmo, o poder de gestão, estão sujeitos à função social da empresa. Identificar o equilíbrio entre as dimensões individual e funcional da empresa é um desafio social relevante. A função social da empresa não se resume à função econômica de gerar lucros, empregos, recolher tributos e fornecer bens e serviços. Cumprir uma função social é atingir uma finalidade útil para a sociedade. Eventual desrespeito à função social da empresa configura abuso no exercício da livre iniciativa, submetendo o empresário ao ressarcimento dos danos causados. O Direito Penal Empresarial coopera com a redução de práticas empresariais que prejudiquem os ditames da justiça social. Não há mais lugar para o *homo economicus*.

Palavras-chave: Constitucionalização do Direito Privado. Princípios inerentes à empresa. Responsabilidade civil do empresário. Responsabilidade penal do empresário. Função social da empresa.

ABSTRACT

The thesis is based on the belief of the search for balance between the performance of the company and required matching to seek the common good. Company is an activity performed by the entrepreneur and the establishment is where this activity is exercised. Entrepreneur is one who exercises, professionally organized business. It is considered that the Constitution serves as the core of an imaginary founding of the Republic, it is the center of the entire legal system. All branches of law are bound to the Constitution and should be read from it. The 1988 Constitution requires a more active stance of law professionals in public or private relations. One should not speak in private law separate fundamental rights. The principles demonstrate the necessary junction between capitalist interests and social interests. Defends himself an active dimension of the social function of property. For this it was necessary to delineate the elements for third-party liability, as well as the sources of this responsibility. Crime is indeed typical, illegal and culpable and criminal liability is only permitted in the latter case, the criminal law should be treated as a right of last resort following the principles. The criminal liability of the legal entity is permitted in Brazil in cases of environmental crimes. The relationship of the social function of the company with stakeholders demonstrates his impulsive dimension and their relevance. The property, ownership, contract and even power management, are subject to the social function of property. Identify the balance between individual and functional dimensions of the company is a major social challenge. The social function of business is not confined to the economic function of generating profits, jobs, collect taxes and supply goods and services. Fulfill a social function is to achieve a useful purpose to society. Any disrespect to the social function of the company sets up abuse in the exercise of free enterprise, the entrepreneur submitting to compensation for damage. The Criminal Business Law cooperates to reduce business practices that undermine the dictates of social justice. There is no place for *homo economicus*.

Keywords: Constitutionalization of private law. Principles inherent in the company. Civil responsibility of the entrepreneur. Criminal responsibility of the entrepreneur. Social function of property.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 O EMPRESÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	13
2.1 Do comerciante ao empresário	13
2.2 A trilogia do Direito Empresarial: a empresa, o empresário e o estabelecimento.	29
2.3 Publicização do Direito Privado	32
2.4 Constitucionalização do Direito Privado	33
2.5 Reflexo da constitucionalização do direito no Estado Democrático de Direito: a interpenetração entre o direito público e o direito privado	37
3 PRINCÍPIOS INERENTES À EMPRESA NA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL CONFORME A CONSTITUIÇÃO DE 1988	45
3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	49
3.2 Princípio da livre iniciativa	52
3.3 Princípio da valorização do trabalho humano	53
3.4 Princípio da soberania nacional econômica	55
3.5 Princípio da livre concorrência	57
3.6 Princípio de defesa do consumidor	58
3.7 Princípio de defesa do meio ambiente	60
3.8 Princípio da redução das desigualdades regionais e sociais	62
3.9 Princípio da busca do pleno emprego	63
3.10 Princípio do tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte	64
3.11 Princípio da propriedade privada e da função social da propriedade.....	66
4 OS ELEMENTOS E AS FONTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	71
4.1 Conceito e elementos da responsabilidade civil	71
4.2 Evolução teórica	74
4.3 Fontes da responsabilidade civil	79
4.3.1 <i>Ato lícito</i>	79
4.3.2 <i>Abuso de direito</i>	84
4.3.3 <i>Ilícito contratual ou inadimplemento</i>	86
4.3.4 <i>Sentença criminal</i>	87
4.3.5 <i>Outras fontes</i>	92
5 O DIREITO PENAL EMPRESARIAL E A RESPONSABILIDADE PENAL DO EMPRESÁRIO	96
5.1 A posição do Direito Penal no ordenamento jurídico	97
5.2 Os principais movimentos político-criminais contemporâneos	100
5.3 O Direito Penal Empresarial	104
5.4 Conceito de crime	108
5.4.1 Breve história e evolução da teoria do crime	110
5.5 Princípios que envolvem a responsabilidade penal.....	113
5.5.1 <i>Princípio da legalidade</i>	113
5.5.2 <i>Princípio da individualização da pena</i>	114
5.5.3 <i>Princípio da intervenção mínima</i>	115

5.5.4	<i>Princípio da culpabilidade</i>	116
5.5.5	<i>Princípio da pessoalidade da pena</i>	117
5.6	Da responsabilidade penal do empresário	118
5.7	Da responsabilidade penal da pessoa jurídica	119
5.7.1	<i>Da impossibilidade de responsabilização da pessoa jurídica</i>	121
5.7.2	<i>Possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica</i>	124
5.7.2.1	<i>Teoria da dupla imputação ou da coautoria necessária</i>	128
5.7.3	<i>Responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito comparado (sistemas da França, Inglaterra, Estados Unidos, Holanda, Dinamarca, Portugal, Itália, Espanha, Alemanha, Bélgica e América Latina)</i>	131
6	FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	136
6.1	Função social	136
6.2	Função social da posse	138
6.3	Função social do contrato	140
6.4	Função social da empresa	143
6.5	Responsabilidade social	151
6.5.1	<i>Liame entre responsabilidade social e função social</i>	154
6.6	Reflexos da função social da empresa	156
6.6.1	<i>Função social da empresa perante os consumidores</i>	158
6.6.2	<i>Função social da empresa perante a comunidade</i>	162
6.6.3	<i>Função social da empresa perante os sócios e os administradores</i>	164
6.6.4	<i>Função social da empresa perante os empregados</i>	166
6.6.5	<i>Função social da empresa perante o meio ambiente</i>	168
6.6.6	<i>Função social da empresa perante o mercado</i>	172
7	REPERCUSSÕES DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL DO EMPRESÁRIO	175
7.1	A independência da responsabilidade civil do empresário	176
7.1.1	<i>Responsabilidade nas sociedades limitadas</i>	177
7.1.2	<i>Responsabilidade civil do administrador nas sociedades anônimas</i>	180
7.2	Repercussões da função social da empresa sobre a responsabilidade civil do empresário.....	182
7.3	Repercussões da função social da empresa sobre a responsabilidade penal do empresário.....	189
8	CONCLUSÃO	195
	REFERÊNCIAS	200

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 possui como pilares os princípios ordenadores de um Estado Democrático de Direito. Assenta seus fundamentos na soberania, na cidadania, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, no pluralismo político e, principalmente, na dignidade da pessoa humana.

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem comum constituem os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Ainda, na Constituição, exige-se que a ordem econômica observe vários mandamentos de “otimização”, previstos no artigo 170 da Carta Magna.

Tendo em vista que nenhum indivíduo é possuidor de um castelo inexpugnável, o Direito Privado não é um direito dos particulares. Por isso, devem-se verificar os novos paradigmas do Direito Privado, sua ligação com o Direito Público e a necessária leitura sob a luz da Carta Magna.

Dessa forma e, com o surgimento do Estado Democrático de Direito brasileiro, marcado pela Constituição da República de 1988, há constante instigação da sociedade à reflexão sobre as atuais condições de vida, bem como a respeito das perspectivas de futuro da humanidade.

Como o homem, por sua própria natureza, vive em comunidade, o direito deve regular o convívio social, assegurando ao ser humano condições de existência e de desenvolvimento.

Nesse contexto, percebe-se a necessidade de analisar as repercussões da função social da empresa sobre a responsabilidade civil e penal. Trata-se de abordagem inédita, que justifica a pesquisa em tese de doutorado.

Pretende-se contribuir, para melhor entendimento dessas repercussões na vida do empresário, com demonstração dos efeitos do princípio da função social da empresa. Ademais, o significado de função social da empresa e seus efeitos práticos somente serão vistos quando verificadas as repercussões na responsabilidade – civil e penal – do empresário.

Utiliza-se como ponto de partida a Constituição, e defende-se que o direito – público e privado – deve ser lido a partir dela, sendo que essa leitura torna-se condição para a correta interpretação e aplicação das normas.

A coletividade necessita de um sistema eficaz, que contribua para um ambiente seguro para o desenvolvimento econômico. Isso ocorre através de um sistema coerente de normas, que considere modelos de conduta, impondo responsabilidade – civil e, quando imprescindível, penal – decorrente de fatos que lesem mandamentos de “otimização”.

Nesse contexto, as repercussões da função social da empresa, na responsabilidade civil e penal do empresário, servem de instrumento imprescindível para o controle social. Pretende-se, ainda, definir *homo economicus* e verificar se existe lugar para ele no Estado Democrático de Direito.

Nessa toada, o estudo da função social da empresa se faz imprescindível, bem como seus contornos e fundamentos, sob a luz dos novos paradigmas do Direito Privado.

Pretende-se verificar se a autonomia privada do empresário – busca por lucros – deve ser harmonizada com o fim de contribuir com o bem comum. E, ainda, as repercussões da função social da empresa sobre a responsabilidade – civil e penal – dos empresários. Tudo isso para evitar que a função social da empresa se torne uma fantasia jurídica ou que imobilize a atividade empresarial. Trata-se de um esforço hercúleo, com o fim de buscar o equilíbrio possível entre o exercício da empresa e a necessária harmonização para atingir o bem comum.

Ao desenvolver o tema proposto, o debate será distribuído em sete capítulos, todos interligados.

No segundo capítulo serão analisadas as origens do Direito Empresarial, sem pretensão de esgotar a temática referente ao histórico desse ramo do direito. Além disso, será feito estudo sobre a trilogia do Direito Empresarial, sobre a publicização e a constitucionalização do Direito Privado, bem como serão verificadas as repercussões da constitucionalização do direito.

No terceiro capítulo serão analisados os princípios inerentes à atividade empresarial na ordem econômica e social estabelecida pelo Estado Democrático de

Direito, previstos no artigo 170 da Carta Magna. Trata-se de verificação dos mandamentos de “otimização” necessários à vida empresarial.

O quarto capítulo tratará da responsabilidade civil, seus elementos, evolução teórica e fontes.

O capítulo seguinte discute a responsabilidade penal, o conceito de crime e o Direito Penal Empresarial, partindo da posição do Direito Penal no ordenamento jurídico. Também serão expostos os princípios que envolvem a responsabilidade penal e, especificamente, a responsabilidade penal do empresário, pessoa física ou jurídica. Quanto à responsabilidade penal da pessoa jurídica, será necessária uma visita às teorias que envolvem esse controvertido tema, passando pelo direito comparado e por uma análise de recente julgado da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a qual, em 05 de agosto de 2013, adotou posicionamento divergente da firmada nos tribunais superiores brasileiros.

No sexto capítulo haverá dedicação ao princípio da função social da empresa, bem como sua relação com tudo que afeta ou é afetado pela atividade empresarial, como a comunidade, os consumidores, os sócios e administradores, os empregados, o mercado e o meio ambiente.

O penúltimo capítulo demonstrará as repercussões da função social da empresa sobre a responsabilidade civil e penal do empresário, no contexto do Estado Democrático de Direito.

Destaque-se que as repercussões da função social da empresa sobre a responsabilidade civil e penal dos empresários (pessoa física ou jurídica), constituem tema complexo, com abordagem inédita.

Ao final, pretende-se concluir se as repercussões da função social da empresa contribuem para demonstrar a decrepitude do *homo economicus*, ou se constituem um modelo sem eficácia prática na regulação da atividade empresarial. Dessa forma, pretende-se demonstrar que a falta de análise interligada entre Direito Público e Privado, com suas repercussões na responsabilidade empresarial, constitui déficit interpretativo.

O exame do mapa não equivale ao estudo do lugar real. Nessa longa jornada poderão ocorrer erros e acertos. O ponto de partida é certo, o destino, nem

tanto. Na busca pela contribuição científica, sem medo das surpresas e de eventuais equívocos, a tese será desenvolvida. É o que se segue.

2 O EMPRESÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Pretende-se expor a evolução do Direito Comercial até o Direito Empresarial, no contexto do Estado Democrático de Direito. Importante deixar claro que não se pretende esgotar a temática referente ao histórico do Direito Empresarial. Serão apresentados apenas os pontos indispensáveis ao desenvolvimento da tese.

Essa análise se justifica em face da necessidade de estudar as origens do Direito Empresarial, eis que inúmeros institutos jurídicos permanecem atuais.

Para se chegar à história do Direito Empresarial, que é recente, tem que passar antes pela troca, pelo surgimento do comércio e pela história do Direito Comercial, já que, o seu estudo está ligado à evolução do comércio, no momento em que os comerciantes necessitaram de normas para regulá-los.

Diante disso, será feito um breve histórico, do comerciante ao empresário (do Direito Comercial ao Direito Empresarial).

2.1 Do comerciante ao empresário

O Direito Comercial nasceu como um direito de classe. Ele tinha o objetivo específico de regulamentar a atividade dos mercadores. Em sua fase mais primitiva verifica-se uma troca direta de mercadorias e uma organização de comerciantes, que buscavam o melhor interesse da classe, maximizando os próprios interesses.

A respeito da origem do comércio, Fernanda Paula Diniz afirma: “o exercício do comércio, considerado como relações econômicas entre sujeitos, é algo que acompanha a humanidade desde os tempos mais remotos” (DINIZ, 2012a, p. 5). E essa autora acrescenta: “é bastante difícil limitar, com precisão, o momento de formação do Direito Comercial” (DINIZ, 2012a, p. 5).

No início, as pessoas obtinham da natureza ou elas mesmas produziam o que precisavam para sobreviver. Com o crescimento e desenvolvimento da população, o sistema mostrou-se inadequado, viável apenas em grupos pequenos.

Desenvolvem-se, então, as trocas. As pessoas, as tribos começam a permutar seus excedentes, os produtos de que não necessitavam com outros que precisavam desses itens e possuíam bens úteis aos primeiros. Nas trocas, não

existem intermediários, as pessoas diretamente entregam seus bens e recebem outros.

Para Alfredo Rocco, as vantagens da troca são:

- a) o aproveitamento pela melhor maneira possível de uma quantidade de riquezas que seriam inúteis se superiores às necessidades de quem produz;
- b) a possibilidade de utilização de capacidades: cada um regula sua produção, não de acordo com as suas necessidades, mas de conformidade com suas aptidões. (ROCCO, 1931, p. 13).

Mas, as trocas também se mostraram insuficientes, já que, as duas partes têm que possuir exatamente o que a outra precisa, ou seja, tem que haver correspondência entre as necessidades.

Foi necessária a criação de uma mercadoria que servisse de intermediária, ou seja, capaz de ser aceita por todos. Essa mercadoria, que serviu de padrão, foi a moeda. Inicialmente, foram conchas, peles, animais, peixes secos, sal, metais raros. O mais usado foi o gado daí o termo pecúnia, de *pecus* (gado), que quer dizer moeda e capital que vem de *caput* que quer dizer cabeça. Após, passou-se para mercadorias determinadas, com valores intrínsecos, como ouro, prata, cobre. Atualmente, a moeda não possui valor intrínseco,

mas fictício, dependendo de certos fatores de garantia do Estado emissor. Essa garantia pode ter por fundamento a riqueza potencial de Estado emissor e não a existência, em espécie, de certa quantidade de metais, em depósito, equivalente ao valor atribuído às moedas emitidas. (MARTINS, 2006, p. 2).

A respeito da economia de troca, Rubens Requião explica:

A economia de troca (economia de escambo) evolui para a economia de mercado (economia monetária). O produtor já não mais produz para a troca, visando ao imediato transpasse de sua mercadoria em contraposição com a aquisição da de ouro, com quem opera. Passa a produzir para vender, adquirindo moeda, para aplicá-la como capital em novo ciclo de produção. Pode, assim, o produtor especializar-se numa só linha de produção, para a qual se considera mais hábil ou que melhor proveito lhe proporciona. (REQUIÃO, 2003, p. 4).

Com a moeda surgiu o comércio e o comerciante.

Etimologicamente, comércio vem do latim *commercium* (*cum* – preposição, e *merx* – mercadoria). (...) o direito de, mutuamente, comprar e vender. (...) O *commercium* é o direito de comprar e vender reciprocamente. (...)

(...) é o ramo da atividade humana que tem por objeto a aproximação de produtores e consumidores para a realização ou facilitação das trocas. (...)

Comerciar é, pois, interpor-se como intermediário entre quem produz e quem consome, supondo o comércio em primeiro lugar a circulação dos produtos de toda espécie. (BORGES, 1969, p. 7-9).

O comércio promove, facilita a circulação de bens. Para se ter um comércio é necessário a presença do intermediador, aquela pessoa que se faz de elo de ligação entre o produtor e o consumidor, que é chamado de comerciante. E isso só é possível com a moeda, onde a pessoa (produtor) entrega o produto e recebe a moeda – vende - e a outra (comerciante) pega a mercadoria – compra - e repassa para a outra (consumidor) – vende - com a intenção do lucro. Quando um produtor vende diretamente para o consumidor seu produto, existe a troca, mas, não há comércio.

Um povo é mais organizado quando mais estruturado está o comércio, quando mais especializado é o produtor e o comerciante é capaz de transferir mais rapidamente as mercadorias que possuem para diversos lugares.

Mas, o surgimento do comércio não coincide com o do Direito Comercial, que, somente, se tornou presente, na idade média, com as corporações de ofício.

Na antiguidade, não existiu um Direito Comercial, como um conjunto de regras organizado, estruturado destinado a regular a prática mercantil. Existiram, sim, normas esparsas, principalmente, de Direito Marítimo, pois era o meio de comunicação e de transporte mais importante nessa fase.

O Código de *Hammurabi*¹, de 2083 a.c., contém 282 artigos compostos de compilações de normas mais antigas, sobretudo de direito consuetudinário do

¹ O Código de *Hammurabi*, como os demais “códigos” aqui referidos não tinham o sentido próprio dessa expressão, pois eram recolhas de textos jurídicos agrupados de maneira assistemática, com referenciais “de julgamento de direito, ensinamentos indicando o caminho aos juízes. Cada frase, geralmente breve, diz respeito a um caso concreto e dá a solução jurídica. (...) Até pouco tempo era considerado o mais antigo. No entanto, pesquisas desenvolvidas pela *Société Jean Bodin pour l’histoire comparative des institutions* demonstram que o mais antigo “código” atualmente conhecido é o de *Ur-Nammu*, fundador da 3ª Dinastia de *Ur* (cerca de 2040 a.c.). Possuem-se vestígios de

império babilônico. Gravado em pesado bloco de dorita, 2,25 m de altura por 1,90 de circunferência na base, produzida por ordem do rei *Hammurabi* da Babilônia. Mas, 35 artigos, em torno da inscrição na estrela de *Hammurabi*, são ilegíveis, o que não permite afirmar com certeza a existência na Babilônia de um Direito Comercial (BORGES, 1969, p. 17). Contém normas sobre a agricultura, pecuária, sobre os funcionários, médicos, mestre-de-obras, no que diz respeito a salários, honorários, responsabilidades, mas nada relativo aos comerciantes.

Há no Código uma série de disposições relativas ao contrato de depósito, especialmente de cereais, de transporte, de empréstimos, de mediação, de comissão, nada indicando, porém, que haja em tais normas qualquer peculiaridade para as relações mercantis.

Os dispositivos do Código de *Hammurabi* que, sem qualquer dúvida, se referem especialmente ao comércio, não podem ser integralmente conhecidos porque o começo daquela série de normas encontra-se precisamente no lugar em que são ilegíveis. Assim, os §§ 101 a 107, cujo texto se salvou, tratam de uma relação jurídica entre duas pessoas, uma das quais confia à outra dinheiro ou gêneros. A pessoa que dá o dinheiro ou gêneros denomina-se *damgar* ou *damkura*, e a que recebe, *samallo*. O contrato ocorrente seria o de comissão, o de mútuo ou mais provavelmente o de sociedade em comandita, a comenda. Além destes, há outros dispositivos relativos à navegação interior, fixando taxas para o arrendamento de barcos, o salário do marinheiro, a responsabilidade do dono da nave e do barqueiro em caso de perda, a eles imputável, do barco ou da carga, regulando a abordagem etc. (BORGES, 1969, p. 18).

Pelo exposto, percebe-se que, apesar de algumas normas relativas ao comércio, não há, propriamente, o Direito Comercial na Babilônia.

Em Creta, séculos XVI e XV a.c., existiu um intenso comércio, principalmente, o marítimo com várias cidades da qual se destaca o Egito.

O Código de Manu, da Índia (século XII a.c.), também prevê certas normas sobre as atividades econômicas.

Contudo, nesse período, século XI a.c., quem dominou o comércio foram os fenícios, que fizeram a ligação do Oriente com o Mediterrâneo, abastecendo o Egito, a Grécia, a Ásia oriental e fundaram diversas colônias, dentre elas Cartago. Mas, o que chegou dos fenícios, aos dias atuais, foi *Lex Rhodia de jactu*, através de Roma,

textos mais antigos, como o “código” de *Urakagina* de *Lagas*, dos meados do 3º milênio, ou o de *Sulgi*, em *Ur*. (...) (GILISSEN, 1979, p. 60-61).

na codificação de Justiniano, que no liv. 14º, tit. 2º, do Digesto², regula o que, hoje, é chamado de avaria grossa, ou seja, se para salvar o navio, o capitão tiver que jogar mercadorias ao mar, os prejuízos serão repartidos entre os donos dos produtos e os proprietários do navio. O Código Comercial brasileiro de 1850 prevê esta norma no art. 764, 2.

Os gregos, apesar de não possuir a palavra comércio e comerciante e de, no início, serem impedidos de exercer o comércio, século VII a.c., através da lei de Zaleuco, tiveram grande importância para o comércio, tanto terrestre quanto marítimo. Através das leis de Sólon, eles tiveram a *commenda*, o antecedente do banqueiro, chamado de *trapezitai*, o *nauticum foenus*, que foi acolhido no código de Justiniano e no Código Comercial Brasileiro, arts. 633 a 665, com a denominação de contrato de dinheiro a risco ou câmbio marítimo.

O *nauticum foenus* era um misto de seguro e empréstimo pelo qual o retorno do investimento estava condicionado ao êxito da viagem marítima. Com taxas de juros elevadíssimas, variando de 21% a 30%, deu origem ao contrato de seguro marítimo e do próprio contrato de seguro.

Roma, cuja história é dividida, de acordo com o regime político, em República (510 a 27 a.c.), Alto Império (27 a.c. a 284 d.c.) e Baixo Império (284 d.c. a 565 d.c., com a morte de Justiniano), também não teve propriamente um Direito Comercial. É preciso não esquecer, ainda, que o Império Bizantino ou Império Romano do Oriente, último reduto do Direito Romano, persistiu até o fim da Idade Média (565 d.c. a 1453 d.c.) quando foi tomada pelos turcos, chefiados pelo sultão Maomé II.

O Direito Romano estava estruturado no *jus civile*, que era o direito que rege o cidadão romano, formalista, rígido, e o *jus gentium*, que era o direito que regulava os demais povos, chamados de bárbaros, e a relação dos romanos com os bárbaros, que privilegiava a vontade das partes, a boa-fé, cujas questões eram resolvidas pelo pretor peregrino. Nele não estava previsto um ramo especial, destinado a regular o comércio, apesar de existir normas esparsas, principalmente,

² Digesto, 14, 2, *De lege Rhodia de jactu*: “1 – Paulus libro II, *Sententiarum* – *Lhege Rhodia cavetur, ut, si leviandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est*”. Isto é, dispõe-se na lei Rhodia que se para aliviar um navio se fez alijamento de mercadorias, seja ressarcido pela contribuição de todos o dano que em benefício de todos se causou. (BORGES, 1969, p. 18).

sobre o comércio marítimo, banqueiros e cambistas (*argentarii* e *numularii*). A respeito do *jus civile* e do *jus gentium*, a observação de João Eunápio Borges:

... na medida em que as fronteiras do Império tendem a coincidir com os limites do mundo civilizado, fazendo-se por obra do pretor a integração do *jus gentium* e *jus civiles*, vai desaparecendo aos poucos a própria distinção entre *jus civiles* e *jus gentium*, que se mantém apenas em teoria. No império já não se encontra qualquer separação entre o direito comum e um direito especial relativo às trocas econômicas, podendo-se, pois, afirmar a inexistência, no direito romano, de um direito comercial distinto das outras partes do *jus civiles*. (BORGES, 1969, p. 21).

Três são os motivos apontados para a não existência, em Roma, de um direito comercial. O primeiro era que o próprio Direito Romano por ser formalista (*jus civiles*) e, ao mesmo tempo, livre, privilegiando a autonomia de vontade (*jus gentium*) atendia perfeitamente as necessidades do tráfico mercantil. O segundo era que o comércio constituía uma atividade considerada indigna para ser exercida pelo cidadão romano, pois se baseava na mentira o que era extremamente vergonhoso e a classe patricia tinha sua força na propriedade rural (SILVA, 2005, p. 59). E o último motivo era que a igreja condenava a usura e a agiotagem, o que é inerente da atividade mercantil que busca sempre o lucro.

Mas, apesar de todas essas críticas, quando se verificou que era uma atividade lucrativa, os romanos começaram a exercer o comércio através de seus filhos e escravos, que estavam sujeitos ao *pater familias*, logo, o que adquiriam integrava ao patrimônio do seu pai ou senhor, pois não eram livres, estavam a ele submetido.

Na fase final do império, o Direito Romano já não era tão favorável ao comércio, conforme relata João Eunápio Borges:

No Ocidente, antes mesmo da queda do Império, a partir de Deocleciano, o direito de obrigações foi perdendo aqueles caracteres que o faziam tão favorável às exigências do comércio. Reunidos compulsoriamente os comerciantes em corporações, severamente regulamentadas, transformando o comércio em simples engrenagem da administração geral do Estado, que em tudo intervém, fixando preços, salários etc. (o célebre Edito do Máximo, de Deocleciano), através de diversas reformas de caráter público e de interesse fiscal, num regime de economia dirigida, que não constitui privilégio de nosso tempo, introduzidas no direito diversas modificações que favorecendo os devedores, prejudicavam o crédito, desapareceu para o comércio aquela garantia de liberdade e de segurança que antes encontrava no direito romano comum. (BORGES, 1969, p. 24).

As invasões bárbaras, no século V (ano 476 d.C.), causa a queda do império romano do ocidente e dá início a Idade Média. A desorganização do Estado, provocada pela conquista dos bárbaros, gera um período de grande instabilidade e medo na população obrigando-a a pedir proteção aos senhores feudais, proprietários das terras.

O comércio então se volta para o Oriente, para o direito bizantino, calcado na obra de Justiniano e nos costumes.

Assim deslocado, o comércio assume papel preponderante com os árabes, que estabelecem a rota da seda, da China ao Mediterrâneo. Dessa época derivam diversos termos que passaram para o nosso idioma, então utilizados pelos árabes em sua atividade comercial, tais como: freguês, armazém, caravana, bazar, magazine e alfândega. (GONÇALVES NETO, 2007, p. 40).

No ocidente, sem um poder centralizado, estruturado, prevaleceu a insegurança, dando espaço para o feudalismo, em que a economia prevalecente é a agricultura de subsistência.

No século IX, com a diminuição da desordem política, social e econômica, na Europa, o comércio volta a florescer, principalmente nas cidades litorâneas da Itália, como Amalfi, Veneza, Gênova, Pisa. A Itália assume também, até o século XIV, a hegemonia do comércio mundial.

Os comerciantes, aproveitando da desorganização do Estado, começam a elaborar suas próprias normas, já que o direito que vigorava era uma mistura do direito romano justinianeu, rígido, com leis germanas, formalistas e rudimentares, e com o direito canônico, que condenava o lucro com as transações, a usura.

Esse novo direito coube às corporações sua elaboração. As corporações eram constituídas da associação dos comerciantes. Eles se uniram para ficarem mais fortes e protegidos das ameaças das invasões, guerras, dos abusos dos senhores feudais, da falta de um poder central, para proteger seus interesses.

Os comerciantes se encontravam em mercados e feiras. Os mercados eram os locais em que eles negociam diariamente, nas cidades, seus produtos. Já as feiras eram as reuniões dos comerciantes de diversos locais que se encontravam para trocar mercadorias. Realizavam-se, normalmente, a cada três meses.

Formou-se, assim, a classe burguesa, que deu nascimento a uma nova atividade econômica e a um novo espírito empreendedor, em contraposição à classe feudal, que permaneceu ligada à terra e à sua exploração e que foi cedendo espaço àquela até desaparecer.

Por obra da burguesia, a cidade converteu-se em um centro de consumo, de troca e de produção, onde predominava o trabalho livre dos mercadores e dos artesões. (GONÇALVES NETO, 2007, p. 41).

As corporações ficaram extremamente ricas e poderosas, devido ao enfraquecimento do Estado, confundindo em algumas cidades, como Florença, Gênova, Amalfi, as normas das cidades com as da corporação de ofício. A força das diversas corporações estava em suas disciplinas rígidas.

Ditas corporações, ao serem constituídas, imitavam as cidades, tendo à sua frente um ou mais cônsules, eleitos pelos comerciantes nelas matriculados. Esses cônsules, dentre suas funções, eram incumbidos de dirimir os conflitos de interesses envolvendo os associados; assim, ao serem investidos no exercício de seus cargos, faziam o juramento de observar certas normas (provindas de costumes mercantis, de práticas adotados pelos comerciantes em suas relações comerciais) que, posteriormente, compiladas juntamente com decisões da assembleia e do conselho dos comerciantes, formaram os estatutos dessas entidades. (GONÇALVES NETO, 2007, p. 41).

Os cônsules resolviam os conflitos entre os integrantes das corporações. Com a sabedoria, presteza, equidade de seus julgamentos e sem os formalismos do processo comum, a população começou a aceitar suas decisões e os cônsules aumentaram sua jurisdição para incluir também quem não era comerciante, mas tinha estar envolvida questão de mercancia. Essa prática só foi possível por meio de uma ficção: considerar comerciantes todos que se dirigiam aos cônsules para resolver disputas comerciais.

Nessa fase inicial, verifica-se que a aplicação das regras comerciais era determinada pela qualidade de comerciante. Portanto, o alcance das regras era restrito a quem ostentava essa característica. Destarte, esse sistema jurídico somente era aplicado para um comerciante, tendo caráter eminentemente subjetivo.

A respeito dessa fase inicial, ensina Rubens Requião:

Temos, nessa fase, o período estritamente *subjetivista* do direito comercial a serviço do comerciante, isto é, um direito *corporativo, profissional, especial, autônomo*, em relação ao direito territorial e civil, e *consuetudinário*. (REQUIÃO, 1998, p. 11).

Os costumes, as normas estatutárias das corporações e as decisões dos cônsules formaram o *jus mercatorum* ou *jus mercati* que eram aplicados nos portos, feiras e mercados. Com o passar do tempo, o *jus mercatorum* foi aperfeiçoando-se e reunido em compilações de grande autoridade entre os povos.

Dentre elas, destacaram-se, no comércio terrestre, as *Consuetudines*, de Gênova(1056), o *Constitutum Usus*, de Pisa (1161) e o *Liber Consuetudinum*, de Milão (1216), relativas ao comércio terrestre; no comércio marítimo, os *Rollés d'Oléron* (decisões do consulado outrinbal da Ilha de Oléron, no Oceano Atlântico, do final do século XII), as Leis de Wisby (decisões tomadas na cidade de Wisby, Ilha de Gotland, no Mar Báltico, posteriores ao século XIV), o Livro do Consulado do Mar (elaborado possivelmente em Barcelona, compilando normas mercantis aplicadas no comércio do Mar mediterrâneo e dos Mares do Oriente, existentes desde o século IX até o século XIV) e o *Capitulare Nauticum*, de Veneza (1225). (GONÇALVES NETO, 2007, p. 42).

Tem-se aí o surgimento do Direito Comercial. Direito de cunho subjetivo, corporativo, classista, destinado a resolver questões que envolvessem seus membros, os comerciantes. Ao mesmo tempo, cosmopolita e internacional, porque existentes nas cidades e sempre com a intenção de regular mais pessoas, ampliando seu mercado.

O Direito Comercial era separado do civil, pois era aplicado pelos cônsules à classe dos comerciantes e possuía ainda o reconhecimento do Estado.

Com a queda da cidade de Constantinopla, em 29/05/1453, sitiada por longo tempo pelos turcos que estavam sob as ordens do sultão otomano Maomé II, findou-se a Idade Média, considerada a época áurea do comércio na Itália. A rendição da capital bizantina até então, além de marcar o declínio das repúblicas italianas que dominavam o comércio europeu, constituiu o início de nova era: a chamada Idade Moderna. Tal fato foi o fim de mais de 1.100 anos de império bizantino, a consolidação dos otomanos como potência dominante do Oriente Médio e, principalmente, a causa que levou os ibéricos a um período de descobrimentos marítimos. Com a queda de Constantinopla, o caminho para o Oriente foi fechado para os europeus, o que forçou os povos do velho continente a se empenharem na descoberta de um novo caminho para o comércio com os povos daquelas distantes paragens. Tal empreendimento foi concluído com sucesso por portugueses e espanhóis, que descobriram o Novo Mundo e um novo caminho para as Índias Orientais pelo cabo da Boa Esperança. Com tais descobertas as rotas comerciais deslocaram-se do Mediterrâneo para o Atlântico. A partir daí a hegemonia do comércio marítimo, antes conquistada pelas cidades italianas, foi transferida, a princípio, para Portugal e Espanha, e, depois, para Holanda, França e Inglaterra. (SILVA, 2005, p. 69).

Foi a época do mercantilismo, política baseada na acumulação de riquezas, principalmente, ouro e prata, tirado das colônias. Portugal e Espanha eram os representantes dessa nova política, pois passaram a dominar o comércio marítimo.

A Itália perde sua hegemonia no comércio, mas não no Direito Comercial, o que só ocorreu no século XIX, para a França. Surge, em 1553, com Benevenuto Stracca, a primeira obra exclusivamente de Direito Comercial, o *Tractatus de Mercatura Seu Mercatore*, de caráter mais prático do que sistemático. Seguiram-se a ela outras obras também importantes, tais como:

PEDRO DE SANTARÉM, *Tractatus de Assecurationibus et Sponsionibus*, editado em 1552, e reimpresso no ano de 1556, em Lião. Trata-se de jurista português famoso por seu nome em anagrama Petro Santerra; essa obra constitui o primeiro tratado sobre seguros de que se tem notícia;

SIGISMONDO SCACCIA, *Tractatus de Commerciis et Cambio*, publicada em Roma, no ano de 1618;

RAFFAELE DE TURRIS, *Tractatus de Cambiis*, publicado no ano de 1641;
FRANCISCO ROCCO, *Responsa Legalia Mercatorum Notabilia*, publicada em Nápoles, no ano de 1665;

CARDEAL GIOVANNI BATTISTA DE LUCCA, *Theatrum Veritatis et Justitiae*, tratado de 15 livros publicado em Roma, no ano de 1669, e reimpresso em Veneza, no ano de 1683;

ANSALDO DI ANSALDI, *Discursos Legales de Commercio et Mercatura*, em Gênova, no ano de 1689;

GIUSEPPE MARIA LORENZO DI CASAREGIS, *Discursos Legales de Commercio*, também publicada em Gênova, no ano de 1707. Esta obra foi uma das mais notáveis de sua época;

A. D. AZUNI, *Dizionario Universale Ragionato della Giurisprudenza Del Mercatile*, publicada em Nice, no ano de 1780;

MICHELE DE JORIO, *Giurisprudenza del Commercio*, publicada em Nápoli, no ano de 1781. (SILVA, 2005, p. 72).

Os Estados reorganizaram-se e formaram monarquias, durante o século XVII, adotando uma política intervencionista e, retomando sua autoridade legislativa, passaram a regular o Direito Comercial. Surgem regulamentos, declarações, editos, que deram origem às codificações.

Em 1615, a Inglaterra faz o *Navigation Act*. A Suécia promulga seu código em 1667.

Mas a codificação mercantil mais importante, no período, foi a francesa, baixada por Luís XIV, sob a influência do ministro Colbert, e que foi dividida em duas *ordennances*. A primeira, de 1673, foi a *Ordonnance sur Le commerce de terre*, conhecida também como Código Savary, devido a contribuição do comerciante Jacques Savary. Continha 12 títulos e 122 artigos, tratava da letra de câmbio, nota promissória, das sociedades, da falência, dos negociantes, mercadores, aprendizes, agentes de bancos, corretores, dos livros de comércio, da prisão por dívidas, moratória, caução de bem, da jurisdição comercial. A segunda, de 1681, foi a *Ordonnance sur le commerce de mer*, redigida por Lavayer de Boutiny, que cuidava do comércio marítimo, dividido em 5 livros. As duas ordenanças serviram de base para o Código Comercial francês de 1807.

Nessa primeira fase, os comerciantes podiam se registrar e possuíam um local destinado à exploração de suas atividades, as quais eram submetidas às regras feitas para a classe. Portanto, o Direito Comercial era marcado, principalmente, por um caráter subjetivo, com foco na qualidade de comerciante do autor.

A respeito dessa fase subjetiva, duas críticas são destacadas: nem todos os atos praticados pelos mercadores tinham natureza comercial e algumas pessoas se beneficiavam com o direito mercantil, mesmo sem serem comerciantes. Isso ocorria porque essas pessoas – não comerciantes – podiam se registrar para usufruir do Direito Comercial.

O sistema subjetivo do Direito Comercial não conseguia responder todas as questões, pois alguns atos dos comerciantes, como na sua vida privada, não estavam relacionados com o Direito Comercial. Além disso, com o fortalecimento e enriquecimento dos burgueses combinado com as idéias iluministas do período, de cunho racionalista, liberal, contrário ao absolutismo e ao mercantilismo, sendo favorável a ampla liberdade política e econômica. Tudo isso, serviram de justificativa para a Revolução Francesa, que dá início a fase contemporânea.

A teoria do Direito Comercial como o direito do comerciante (teoria subjetiva), além do problema narrado acima, não estava de acordo com a igualdade pregada pela Revolução Francesa, porque para um mesmo ato poderiam ser aplicados direitos distintos, ou o comercial ou o civil, dependendo da pessoa que

praticasse a atividade. Foi necessário então mudar a teoria para uma de base objetiva.

Sobre a transição da teoria subjetiva para a objetiva, explica Rubens Requião:

Passou-se do sistema subjetivo ao objetivo, valendo-se da ficção segundo a qual deve reputar-se comerciante qualquer pessoa que atue em juízo por motivo comercial. Essa ficção favoreceu a extensão do direito especial dos comerciantes a todos os atos de comércio, fosse quem fosse seu autor. (REQUIÃO, 1998, p. 12).

Logo, em 1789, com a queda da Bastilha, sob os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, a burguesia assume o poder estatal e é obrigada a acabar com os privilégios e monopólios. De maneira que, em 1791, com a Lei *Le Chapelier*, acaba com as corporações de ofícios e artes, deixando qualquer pessoa exercer todos os tipos de trabalho e comércio.

A reforma teve início em 1801, quando Napoleão Bonaparte institui uma comissão de sete membros para elaborar um projeto de Código Comercial. Todavia, enquanto o projeto estava em discussão, uma grave crise financeira surge, em 1806, e obriga a acelerar a aprovação do projeto, que é promulgado e convertido em lei em 15 de setembro de 1807, para vigorar a partir de 01 de janeiro de 1808. O Código Comercial francês, conhecido como Código de Napoleão, era composto de 648 artigos, divididos em quatro livros: I- Do comércio em geral, II- Do comércio marítimo, III- Das falências e bancarrotas, IV- Da jurisdição comercial. Foi baseado nas ordenações de 1673 e 1681, conforme dito acima, e serviu de modelo para os códigos comerciais modernos.

A grande inovação do código foi justamente a adoção da teoria objetiva (teoria dos atos do comércio), o que já tinha começado, em menor dose, com a ordenança de 1673. Por essa teoria, estava sujeito ao Direito Comercial qualquer pessoa que praticasse os atos previstos, na lei, como comerciais. Ou seja, independentemente da pessoa que pratica o ato, será regido pelo Direito Comercial aquelas atividades praticadas profissionalmente e que estavam elencadas nos artigos 632 e 633 do código comercial.

Pela teoria dos atos do comércio, o foco do Direito Comercial muda da pessoa do comerciante, critério subjetivo, para as atividades que, por lei, são

consideradas comerciais. Essa transição está relacionada com o princípio da igualdade entre os cidadãos (que ganhou força com a Revolução Francesa) e com o fortalecimento do estado nacional frente às corporações.

(...) o Código de Comércio Francês, cheio das idéias da revolução, depois de declarar (art. 1º) que “são comerciantes os que exercem atos de comércio e deles fazem profissão habitual”, arrolou, nos arts. 632 e 633, uma série de atos comuns ao exercício do comércio e outros que seriam considerados comerciais porque a lei assim os reputava, não sendo necessário, portanto, para esses, que a pessoa que os praticasse fosse comerciante. Eram atos de comércio *objetivos*, tendo essa qualidade por determinação da lei e não em decorrência da profissão da pessoa que os praticava. (MARTINS, 2006, p. 73).

A crítica a essa teoria está na falta de critério científico para considerar o ato como comercial. Não há uma explicação lógica para a inclusão de algumas atividades e a exclusão de outras. Como exemplo, pode-se considerar as atividades ligadas à terra, como a agricultura, pecuária, pesca, mineração, imóveis, que para o código comercial francês não fazia parte do Direito Comercial e para o direito inglês essas atividades estavam incluídas. A explicação é política e não científica, já que na França a burguesia tomou o poder dos senhores feudais e, na Inglaterra, os proprietários de imóveis ajudaram a burguesia a diminuir os poderes do rei.

Tendo o código apresentado uma lista das atividades consideradas comerciais, o Direito Comercial, que é baseado nos costumes e na criatividade dos comerciantes, não poderia incluir outros atos, o que impediria a alteração e evolução do próprio comércio. Para resolver tal questão, a doutrina passou a considerar o elenco de atividades como exemplificativos e não taxativos podendo com o passar do tempo incluir novas atividades.

Além do apontado, a teoria dos atos do comércio foi formulada antes da revolução industrial. Logo, não dá maior importância à produção e sim à intermediação, naquelas atividades que ligam o produtor ao consumidor, e não leva em consideração a produção em massa, em série, que trouxe mudança no comércio. Com isso, essa teoria, apesar de ainda ser aplicada em alguns países, se mostra desatualizada e incapaz de atender a realidade do comércio.

Com a evolução da sociedade, surgiu a teoria da empresa (terceira fase). Para Rubens Requião esta teoria começou a ser formulada na Alemanha, no Código Comercial de 1897, pois adotou um sistema que se apoiava na figura do

comerciante o que era inadmissível na teoria dos atos do comércio de cunho objetivo.

O primeiro passo para edificar o direito comercial moderno sobre o conceito de empresa foi dado na Alemanha, no Código Comercial de 1897, restabelecendo e modernizando o *conceito subjetivista*. Pela definição do art. 343, *os atos do comércio são todos os atos de um comerciante que sejam relativos a sua atividade comercial*. Em face dessa definição, tanto o ato de comércio como o comerciante somente adquirem importância para o direito comercial quando se referirem à exploração de uma empresa. Desaparece, nela, a preponderância do ato de comércio isolado, como também se esmaece a figura do comerciante. (...). (REQUIÃO, 2003, p. 14-15).

A partir da teoria da empresa (terceira fase), não se fala mais em comerciante, mas, apenas, empresário. É o que se extrai dos dizeres de Waldírio Bulgarelli:

Concorda de maneira geral a doutrina italiana em que não houve mera substituição do comerciante pelo empresário, e sim, a adoção de um sistema dando preeminência a este e assim igualando os agentes das atividades econômicas da produção de bens ou serviços, sob a rubrica de empresário, mas, note-se, concebido este não como especulador, porém, como responsável pela produção; desta forma, o comerciante antigo foi absorvido pela categoria de empresário, como titular da atividade intermediária. Há que se atentar, pois, por outro lado, que o empresário comercial corresponde de certa forma ao antigo comerciante e não ao empresário em geral, ou seja, há correspondência entre os dois, no que se refere ao fato de que ambos exercem uma atividade econômica organizada de intermediação, e há diferença no fato de que é considerado empresário porque é agente da produção e não mero especulador. (BULGARELLI, 2000, p. 85).

Mas a teoria da empresa surge completamente formada no Código Civil italiano de 1942. Não que a palavra empresa nunca tivesse sido usada. O Código Comercial francês de 1807 já havia usado a palavra empresa no art. 632, ao incluir na lista dos atos do comércio “todas as empresas de manufaturas, de comissão, de transporte por terra e água” e “todas as empresas de fornecimento, de agência, escritórios de negócios, estabelecimentos de vendas em leilão, de espetáculos públicos” (REQUIÃO, 2003, p. 52). Só que nesse sentido a palavra era utilizada no sentido de repetição dos atos de comércio em cadeia, ou seja, vinculada a idéia dos atos de comércio, o que é muito mais restrito do que a teoria apresentada no Código Civil italiano de 1942.

O Código Comercial italiano foi unificado com o Código Civil na parte relativa às obrigações, que entrou em vigor em 1942. Pode-se dizer que foi uma tentativa da Itália de criar um código específico para o direito privado. Sobre essa unificação, comenta Rachel Sztajn:

Se alguém fosse levado a entender que a unificação do direito obrigacional implique o desaparecimento do Direito Comercial, é preciso lembrar que, mesmo na Itália, em que o fenômeno data de 1942, direito civil e comercial permanecem distintos. Também é de apontar que nunca houve grande preocupação, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência, com a questão, porque, de regra, se entendem comerciais as atividades segundo noção econômica ou contábil. (SZTAJN, 2004, p. 145).

Nesse sentido, também não se fala mais em atos de comércio, mas tão somente em empresa:

Todavia, é importante ressaltar o que vem a ser a expressão da unificação de um novo disciplinamento privado da atividade econômica, ultrapassando-se a dicotomia dos atos de comércio e dos atos civis, uma vez que, na atualidade, veio a expressão “empresa” a substituir a “ato de comércio”. (MARSHALL, 2002, p. 124).

Sobre a importância das sociedades empresárias no mundo atual, acentua Fábio Konder Comparato:

Se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva como elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa. (COMPARATO, 1995, p. 3).

O Código Civil brasileiro de 2002 adotou a teoria da empresa, conforme se extrai do artigo 966, *in verbis*: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (BRASIL, 2009).

Tendo em vista o conceito de empresário previsto no Código Civil brasileiro de 2002, há entendimento que ocorreu, equivocadamente, um retorno ao sistema subjetivo (sistema subjetivo moderno) eis que a atenção volta a ser o sujeito e não a atividade. Nesse sentido:

O que se nota é que, tanto o Código Comercial alemão de 1897 como o Código Civil italiano de 1942, visando atender as necessidades práticas surgidas com o último estágio atingido pela Revolução Industrial, procuraram determinar seu âmbito, em última análise, a partir da figura do comerciante, do empresário – enfim, da pessoa que, exercendo organizada e profissionalmente a atividade econômica, adota, para tanto, um comportamento especial, uniforme padronizado, que, traz, nas relações jurídicas que pratica, consequências diversas daquelas que normalmente decorreriam, mesmo na área econômica, de uma atuação não profissional e isolada de qualquer outro sujeito de direito. (GONÇALVES NETO, 2012, p. 56).

Em que pese o *caput do art. 966 do Código Civil de 2002*³ conceituar empresário, permanece a atividade como o núcleo do Direito Empresarial, eis que o referido dispositivo legal deve ser interpretado conjuntamente com seu parágrafo único, bem como com o art. 982 do mesmo diploma: “salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais”.

A esse respeito, pode-se afirmar que o Código Civil de 2002 introduziu, no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria da empresa.

Apesar disso, alguns autores entendem que é importante questionar se a teoria da empresa ainda é a mais adequada para o atual Direito Empresarial, de modo que “passa-se a questionar a existência de outra fase do Direito Comercial, em que este se volta para o mercado e se aproxima cada vez mais da Economia” (DINIZ, 2012a, p. 135). Nesse contexto, Raquel Sztajn defende a aproximação dos conceitos de empresa, sociedade e mercado (SZTAJN, 2004, p.8), o que constitui a chamada teoria do mercado.

Do exposto, pode-se afirmar a constante evolução do Direito Comercial/Empossarial.

³ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

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

2.2 A trilogia do Direito Empresarial: a empresa, o empresário e o estabelecimento

O vocábulo empresa possui diversos sentidos, econômicos e jurídicos. Ademais, há diferença entre o conceito técnico do direito e a linguagem cotidiana. Por isso, importante especificar o significado que a palavra empresa será empregada.

Conforme já mencionado, empresário é quem exerce, profissionalmente, atividade econômica organizada (art. 966 do CC/2002). Sobre o conceito de empresário, Fábio Ulhoa Coelho ensina:

Empresário é a pessoa que toma a iniciativa de organizar uma atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços. Essa pessoa pode ser tanto a *física*, que emprega seu dinheiro e organiza a empresa individualmente, como a *jurídica*, nascida da união de esforços de seus integrantes. (COELHO, 2009, p. 63).

Caso o empresário seja pessoa física, será denominado empresário individual, o qual, apesar de ser obrigado a se registrar na junta comercial, é equiparado à pessoa jurídica para efeitos fiscais. E, apesar de poder separar parte de seu patrimônio para o exercício da atividade econômica, responde, com seu patrimônio individual, pelas obrigações contraídas no exercício da atividade empresarial, sem limites para sua responsabilidade pessoal.

Importante observar que a Lei 12.441, de 11 de julho de 2011, alterou o Código Civil de 2002 para permitir o empresário individual de responsabilidade limitada. Através dessa lei foram acrescentados o inciso VI ao art. 44⁴ e o art. 980-A⁵, bem como foi alterado o parágrafo único do art. 1033⁶, todos do CC/2002.

⁴ Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:
(...)

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada.

⁵ Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

⁶ Art. 1.033. Dissolve-se a sociedade quando ocorrer:

(...) Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV caso o sócio remanescente, inclusive na hipótese de concentração de todas as cotas da sociedade sob sua titularidade, requeira, no Registro Público de Empresas Mercantis, a transformação do registro da sociedade para empresário individual ou para empresa individual de responsabilidade limitada, observado, no que couber, o disposto nos arts. 1.113 a 1.115 deste Código.

Portanto, preenchidos os requisitos previstos nos artigos acima mencionados, pode ser constituída a EIRELI (empresa individual de responsabilidade limitada).

Na hipótese da atividade empresária ser exercida por pessoa jurídica, o empresário, em regra, será chamado de sociedade empresária, a qual, em geral, possui patrimônio próprio e seus sócios possuem responsabilidade limitada.

A sociedade empresária surge da necessidade da união de seres humanos para a busca de objetivos. Essa união pode facilitar a realização de empreendimentos. Nesse sentido:

Os seres humanos possuem interesses, sem que, diversas vezes, atinjam sozinhos os objetivos traçados, exigindo a união com outros seres humanos para instituírem uma organização com um número maior de pessoas ou complexo de bens, com o desiderato de realizar empreendimento que almejam, chancelados pelo direito, conferidor ou outorgador da personalidade e capacidade para aqueles praticarem atos e/ou negócios jurídicos. (FROTA, 2008, p. 99).

Após o advento do Código Civil de 2002 é importante diferenciar empresa de sociedade empresária. Empresa deve ser compreendida como a atividade, que visa obter lucros, através do oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados mediante a organização dos fatores de produção. Necessário lembrar que esses fatores são quatro: força de trabalho, matéria prima, capital e tecnologia.

Conforme entende Fábio Ulhoa Coelho, “se empresário é o exercente profissional de uma atividade econômica organizada, então *empresa* é uma atividade; a de produção ou circulação de bens ou serviços” (COELHO, 2008, p. 12). Então, a empresa não possui personalidade jurídica, sendo objeto – e não sujeito – de direito.

Dissertando a respeito do termo empresa, Luiz Antônio Ramalho Zanoti registra que:

Pelo termo empresa subentende-se condição ativa, ação, diligência, dentre outras. Logo, em existindo empresa, há atividade mediante o exercício de uma série de atos coordenados, complexos ou não, com objetivo específico. Essa atividade tem fins econômicos, e visa à produção ou circulação de bens ou serviços. Para o exercício da atividade econômica são necessários quatro fatores de produção: capital, trabalho, matéria-prima e tecnologia. Subsume-se, pois, que esses bens de produção possam produzir os resultados esperados, do homem e para o homem, se forem empregados de forma coordenada. Daí o fato de que, na conceituação de empresa, impõe-se a exigência de que ela seja um ente organizado. Essa conjugação

de esforços é realizada pelo empresário, em nome próprio, em caráter habitual, com ou sem o concurso de atividade alheia, mediante a organização e direção do negócio. (ZANOTI, 2009, p. 17).

Importante destacar o conceito de estabelecimento. Estabelecimento é o conjunto de bens em que a empresa (atividade, conforme esclarecido nos parágrafos anteriores) é explorada, exercida. Ele é constituído pelo complexo de bens (materiais e imateriais) utilizados pelo empresário para o efetivo exercício de atividade econômica. Esse conceito foi extraído das ponderações de Fábio Ulhoa Coelho:

Estabelecimento empresarial é o conjunto de bens que o empresário reúne para exploração de sua atividade econômica. Compreende os bens indispensáveis ou úteis ao desenvolvimento da empresa, como as mercadorias em estoque, máquinas, veículos, marca e outros sinais distintivos, tecnologia, etc. Trata-se de elemento indissociável à empresa. Não existe como dar início à exploração de qualquer atividade empresarial, sem a organização de um estabelecimento. (COELHO, 2009, p. 96).

Ademais, o Código Civil de 2002 prevê, expressamente, a definição de estabelecimento, nos termos do seu artigo 1.142, *in verbis*: “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

A respeito da relação entre empresa e estabelecimento, Henrique Avelino Lana observa:

Considerando-se que a empresa é justamente a atividade exercida pelo empresário, essa fica patrimonialmente evidenciada pelo estabelecimento, o qual representa a junção dos bens necessários ao exercício da atividade econômica. (LANA, 2012, p. 13).

Dessa forma, não se pode confundir empresa com a sociedade empresária ou com o estabelecimento. Maria Helena Diniz, englobando esses conceitos, afirma:

Empresa é a atividade econômica unitariamente estruturada ou organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. *Empresário*, individual ou coletivo, é o titular da empresa. *Estabelecimento* é o conjunto de bens, caracterizados por sua unidade de destinação, podendo ser, como diz Miguel Reale, objeto unitário de negócios jurídicos, daí sua importância para que a “empresa” possa atingir suas finalidades, pois o empresário precisa reunir meios para consecução contínua de um objetivo técnico. (DINIZ, 2009, p. 35).

Diante disso, pretende-se analisar a função social da empresa e as repercussões sobre a responsabilidade civil e penal dos empresários, partindo do conceito de empresa como atividade organizada, a qual é exercida pelo empresário, que busca otimizar a produção para o mercado.

2.3 Publicização do direito privado

É necessário definir publicização do direito privado, para facilitar posterior compreensão do termo constitucionalização.

O Estado Social do século XX foi marcado por uma excessiva intervenção estatal na autonomia privada. A considerável limitação dessa autonomia, principalmente através do âmbito legislativo, é perceptível, com heranças deixadas para a atualidade.

Essa intervenção culminou na retirada do Código Civil de várias matérias, algumas transformadas, até mesmo, em micro sistemas, como, por exemplo, o direito do trabalho, o direito do consumidor, o estatuto da criança e do adolescente, o direito autoral, a locação de imóveis e o direito ambiental.

Importante mencionar que a publicização do Direito Civil, com a subtração das matérias supracitadas, não modifica a natureza originária de relação jurídica privada das mesmas. Neste sentido:

Independentemente do grau de intervenção estatal, se o exercício do direito se dá por particular em face de outro particular, ou quando o Estado se relaciona paritariamente com o particular sem se valer de seu império, então o direito é privado. (LÔBO, 2003, p. 200).

Acerca da publicização, afirma Caio Mário da Silva Pereira:

A influência absorvente do Estado e a necessidade de se instituírem, com mais segurança e amplitude, fórmulas cada vez mais dirigidas no sentido de realizar a finalidade precípua do direito que se positiva e se afirma no propósito de garantir e proteger o bem-estar do indivíduo *in concreto*, cogitando da normação social em atenção ao bem do homem, geram a tendência à publicização da norma jurídica. Em consequência deste

movimento acentua-se a restrição da liberdade individual, tomando corpo a estatização de numerosos serviços e intervindo o Estado em matérias que antes eram relegadas exclusivamente ao arbítrio de cada um. (PEREIRA, 2010, p. 14).

Resumidamente, sobre a definição de publicização, declara Paulo Luiz Netto Lôbo:

Em suma, para fazer sentido, a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é imprescindível para a compreensão do moderno direito civil. (LÔBO, 2003, p. 200).

Então, não se pode confundir publicização com constitucionalização do direito privado.

2.4 Constitucionalização do direito privado

A Constituição ocupa o centro do ordenamento jurídico e deve ser entendida como um conjunto normativo hierarquicamente superior à legislação infraconstitucional. A esse respeito, José Adércio Leite Sampaio afirma que “é necessário se reforçar a importância da simbologia de uma Constituição de todos, centro de referência de um imaginário fundacional da sociedade” (SAMPAIO, 2003, p. 87).

Ademais, as normas constitucionais são as que têm maior eficácia, e, por isso, “condicionam todo o sistema jurídico, daí resultando a exigência absoluta de que lhes sejam conformes todos os atos que pretendam produzir efeitos jurídicos” (FISCHER, 2006, p. 34).

Após o surgimento do Estado Democrático de Direito, todos os ramos do direito estão ligados à constituição. Até mesmo o direito privado que, desde suas origens, se mantinha distante do direito constitucional, hoje está intimamente unido.

O direito privado, atualmente, deve ser lido a partir da Constituição, sendo certo que essa leitura torna-se condição para validade dos atos privados. Mais do

que isso, “a aplicação do direito deve ser realizada com base nos princípios constitucionais” (DINIZ, 2012a, p. 137). No mesmo sentido:

Se a Constituição não é o centro do sistema juscivilístico, é, sem sombra de dúvida, o centro do ordenamento jurídico, como um todo. É, portanto, a partir dela, da Constituição, que se devem ler todas as normas infraconstitucionais. (FIUZA, 2007, p. 120).

Estão listados, no art. 1º da Constituição da República, como fundamentos do Estado Democrático de Direito, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

No artigo 3º, são mencionados como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a marginalização, redução das desigualdades e, ainda, a promoção do bem de todos.

Os demais dispositivos constitucionais, bem como as leis, se subordinam aos fundamentos, objetivos e princípios constitucionais. É o que se extrai das ponderações de Rodrigo Garcia da Fonseca, segundo as quais:

Todo o restante da Constituição, e toda a legislação ordinária, ficam condicionadas por estes princípios e objetivos fundamentais do país. Devem ser eles a base, ou os óculos através dos quais a Constituição e toda a legislação não de ser vistas. Eles são a síntese ou matriz das demais normas constitucionais, que no fundo são meros desdobramentos seus. (FONSECA, 2007, p. 139).

No mesmo sentido, ensina César Fiuza:

Por constitucionalização do Direito Civil deve-se entender que as normas de Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição. A bem da verdade, não só as normas do ordenamento jurídico, sejam elas de Direito Privado, sejam de Direito Público. Este é um ditame do chamado Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição sua base hermenêutica, o que equivale a dizer que a interpretação de qualquer norma deverá buscar adequá-la aos princípios e valores constitucionais, uma vez que esses mesmos princípios e valores foram eleitos por todos nós, por meio de nossos representantes, como pilares da sociedade e, conseqüentemente, do Direito. (FIUZA, 2007, p. 119).

A visão social das relações privadas impõe nova atitude do poder público. Agora, o Estado é garantidor do equilíbrio na ordem privada e, por isso, mesmo alguns institutos básicos do direito privado devem ser disciplinados pela Constituição, que age como instrumento delimitador e regulador das funções do Estado. Por isso, situações que antes apenas eram reguladas pelo direito privado, passam a ter previsão constitucional, como, por exemplo, contrato, propriedade, família e a empresa.

A constitucionalização do direito privado elimina limites entre uma norma pública e outra privada. E, por isso, para buscar uma solução jurídica, não basta vislumbrar os dispositivos legais relacionados. Ademais, “a aplicação do direito deve ser realizada com base nos princípios constitucionais e infraconstitucionais” (DINIZ, 2012a, p. 137). Destarte, deve ser feita uma aplicação simultânea, das leis e dos códigos com as normas fundamentais, eis que o ordenamento jurídico é unitário. Nesse sentido, esclarece Pietro Perlingieri:

A questão da aplicabilidade simultânea de leis inspiradas em valores diversos (o Código Civil italiano, lembre-se, é de 1942: pertencia, portanto, ao ordenamento fascista; a Constituição, ao contrário, entrou em vigor em 1948) resolve-se somente tendo consciência de que o ordenamento jurídico é unitário. A solução para cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes, à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam. (PERLINGIERI, 2007, p. 5).

A respeito do sistema jurídico atual, conforme entende Lúcio Antônio Chamon Júnior, pode-se dizer que “o Direito não é um sistema de normas convencionadas e sim um sistema de princípios” (CHAMON JUNIOR, 2008, p.230).

Vale frisar que no Estado Democrático de Direito a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas garante a autonomia privada.

Importante ressaltar que a constitucionalização do direito privado não significa a exclusão do Código Civil como centro do direito privado, eis que é a partir desse código que são buscadas as diretrizes gerais do direito comum. Nos dizeres de César Fiuza, “não se pode furtar ao Código Civil o trono central do sistema de

Direito Privado. Seria incorreto e equivocado ver neste papel a Constituição” (FIUZA, 2007, p. 120).

Ademais, gravitam em volta do Código Civil os microssistemas do direito privado, como, por exemplo, o código do consumidor, o estatuto da criança e do adolescente, a lei do meio ambiente, lei de locação, dentre outras. Neste sentido, César Fiuza leciona:

Falar em constitucionalização do Direito Civil não significa retirar do Código Civil a importância que merece como centro do sistema, papel este que continua a exercer. É no Código Civil que iremos buscar as diretrizes mais gerais do Direito Comum. É em torno dele que gravitam os chamados microssistemas, como o imobiliário, o da criança e do adolescente, o do consumidor e outros. (FIUZA, 2007, p. 119).

Para concluir a ideia de constitucionalização do direito privado, fundamental transcrever palavras de Caio Mário da Silva Pereira, *verbis*:

Na hermenêutica do novo Código Civil destacam-se hoje os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, os quais se impõem às relações interprivadas, aos interesses particulares, de modo a fazer prevalecer uma verdadeira “constitucionalização” do Direito Privado. Cabe, portanto, ao intérprete evidenciar a subordinação da norma de direito positivo a um conjunto de disposições com maior grau de generalização, isto é, a princípios e valores dos quais não pode ou não deve mais ser dissociada. (PEREIRA, 2010, p. 18-19).

Dessa forma, após o surgimento do Estado Democrático de Direito, o direito privado está intimamente ligado à constituição. Com isso, os princípios e valores constitucionais são condições indispensáveis a serem observadas para a validade dos atos privados. E, em decorrência da constitucionalização do direito privado, atualmente é comum observar conteúdos sociais e funcionalização em atos e institutos privados.

A constitucionalização repercute em diversas áreas do Direito Privado, inclusive, no Direito Empresarial.

Inúmeros são os dispositivos constitucionais que tratam da empresa, podendo ser citados como exemplos: a proteção do nome empresarial (art. 5º, XXIX); regime jurídico distinto para microempresas e empresas de pequeno porte (art. 146, III, ‘d’, art. 170, IX, art. 179 e art. 47, §1º, do ADCT); regime de restrições

nacionais para certos empresários, como os exploradores de jazidas minerais, potenciais de energia hidráulica, saúde e atividade jornalística (arts. 176, 199, 222 e 44 do ADCT).

A Carta Magna alberga vários princípios e garantias que valorizam e reconhecem o papel social das empresas e de seu relevante funcionamento:

Para além dessa posição preliminar, entendo que a Constituição, considerada em sua totalidade, mas também em diversos momentos pontuais expressos, reconhece a importância das empresas para a comunidade e dispõe, plasmada em seu corpo textual, diversas prerrogativas que são - direta ou indiretamente, expressa ou tacitamente - essenciais para garantia da atividade das empresas. É disso que se trata quando se utiliza, na literatura, a expressão “regime constitucional da empresa”. (TAVARES, 2013, p. 14).

Nesse caminho, destaque-se que:

o Direito Constitucional da empresa não se reduz nem pode ser reduzido aos princípios de direito econômico, mas abarca, igualmente, dentre outros princípios e regras: i) as conhecidas liberdades públicas e a garantia de autonomia para o setor; ii) os direitos fundamentais, com essencial relevo para a liberdade de expressão, na qual se aloca a importante liberdade de propaganda, de difundir marcas, produtos e serviços; iii) os direitos inerentes ao funcionamento do Poder Judiciário e do próprio Estado Constitucional de Direito, como o devido processo legal, entre outros direitos do processo, e o direito à segurança jurídica, que são vitais às empresas e à vida em sociedade como um todo; e iv) a garantia do cumprimento de contratos. (TAVARES, 2013, p. 15).

A preocupação da Constituição de 1988 com o papel da empresa na sociedade tem como principal reflexo a função social da empresa, tema que será aprofundado no Capítulo 6.

2.5 Reflexo da constitucionalização do direito no estado democrático de direito: a interpenetração entre o direito público e o direito privado

A Constituição da República de 1988 fincou no Brasil um Estado Democrático de Direito, buscando um equilíbrio entre o indivíduo e o social (FONSECA, 2007, p. 135). Esse novo modelo de Estado de Direito encontrou “na democracia a solução para administrar as tensões entre a liberdade e a igualdade”

(FRAZÃO, 2011, p. 181). Destaque-se que a Constituição foi um divisor de águas para o direito privado nacional (MAMEDE, 2010).

Sobre o Estado Democrático de Direito, José Afonso da Silva ensina:

É um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir. (SILVA, 2006, p. 120).

A Constituição de 1988 marcou definitivamente a redemocratização do Brasil e uma profunda mudança da ordem jurídica, eis que, a partir dela, os princípios constitucionais passaram a incidir nas relações privadas, visando garantir a efetividade do texto constitucional. A Constituição de 1988 demonstra sua preocupação com o bem-estar social e, ao mesmo tempo, com a iniciativa privada.

Ela privilegia a livre iniciativa e a liberdade de concorrência, ao mesmo tempo em que protege a valorização do trabalho humano, para assegurar a todos existência digna, segundo os ditames da justiça social (art. 170 da CR/1988), conforme se extrai das seguintes ponderações:

Especificamente em nosso ordenamento, o interesse social na moderna empresa privada, dentro de uma ordem econômica fundada na liberdade de iniciativa (art. 170 da Constituição Federal de 1988, *caput*), vem se tornando cada vez mais premente, em especial em contexto onde a presença do Estado como agente econômico está diminuindo, ao mesmo tempo em que aumenta a preocupação com a realização dos ditames da justiça social (art. 170 da Constituição Federal de 1988, *caput*). (PIMENTA, 2004, p. 30).

Conforme os ditames do Estado Democrático de Direito, todos devem se preocupar em desenvolver o bem comum ao praticar seus atos em sociedade, resultando em imperativo envolvimento harmonioso dos sujeitos de direito.

O direito privado, no contexto do Estado Democrático de Direito, se preocupa com as consequências públicas das ações privadas. Dessa forma, “o Direito Privado deve ter em conta algumas perspectivas públicas, pois têm-se diminuído as distâncias com o Direito Público” (LORENZETTI, 1998, p. 225).

Com a evolução do direito, não se pode falar de direito privado, sem mencionar suas consequências públicas. Conforme afirma Pietro Perlingieri:

A própria distinção entre direito privado e público está em crise. Esta distinção, que já os Romanos tinham dificuldade em definir, se substancia ora na natureza pública do sujeito titular dos interesses, ora na natureza pública e privada dos interesses. Se, porém, em uma sociedade onde é precisa a distinção entre liberdade do particular e autoridade do Estado, é possível distinguir a esfera do interesse dos particulares daquela do interesse público, em uma sociedade como a atual, torna-se difícil individualizar um interesse particular que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse dito público. (PERLINGIERI, 2007, p. 53)

Nesse sentido, “não são poucos os autores que, a partir da ideia da constitucionalização do direito, decretam como superada a distinção entre direito público e direito privado” (SILVA, 2008, p. 172). Ora, “cada norma jurídica serve sempre ao interesse coletivo e ao individual ao mesmo tempo; porque o interesse coletivo não é um interesse diferente do individual” (PERLINGIERI, 2008, p. 431).

Então, para buscar soluções de problemas privados, bem como proteger a pessoa, bens públicos e o mercado, é necessário possuir uma perspectiva pública para as ações privadas. Sendo assim, pode-se afirmar que “o individualismo à deriva necessita de âncoras, de pontos fixos onde atar-se; do contrário o Direito e o indivíduo serão arrasados pelos fortes ventos das forças do mercado” (LORENZETTI, 1998, p. 221).

Ademais, se fosse para privilegiar o individualismo, como se cada pessoa fosse possuidora de um castelo inexpugnável, o direito privado deveria ser chamado de direito dos particulares, nome que não se harmoniza com o Estado Democrático de Direito.

Sobre a interligação entre o público e o privado, pode-se afirmar que se trata de uma via de mão dupla, onde o público privatiza-se e o privado torna-se público. Esta ideia é demonstrada por Ricardo Luis Lorenzetti:

Na área do Direito Público, têm-se produzido privatizações que provocaram um traslado de uma de suas áreas mais importantes ao Direito Privado; a mudança é tão profunda que o Direito Administrativo tem sido levado à sua mínima expressão. Mas ao Direito Privado lhe resulta difícil explicar a ideia de um serviço público forçoso e de utilizar suas ferramentas tradicionais

para defender os consumidores. De outra parte, temas típicos do Direito Privado, como os familiares e os da pessoa se tornam públicos. Não é possível resolver casos vinculados à genética, sem considerações públicas, ou temas contratuais, sem uma avaliação da economia. (LORENZETTI, 1998, p. 227).

No mesmo sentido, as palavras de Caio Mário da Silva Pereira:

Constitui o direito uma unidade conceitual no plano filosófico, uma unidade orgânica no plano científico, uma unidade teleológica no plano social. Não obstante a unidade fundamental, os princípios jurídicos se agrupam em duas categorias, constituindo a primeira o *direito público* e a segunda o *direito privado*. Não há cogitar, porém, de dois compartimentos herméticos, incomunicáveis, estabelecendo uma separação total e absoluta das normas públicas e das normas privadas. Ao revés, intercomunicam-se com freqüência constante, tão assídua que muitas vezes se encontram regras atinentes ao direito público nos complexos legais de direito privado, e, vice-versa, diplomas de natureza privada envolvem inequivocamente preceitos juspúblicos. A interpenetração dos conceitos não permite o traçado de uma linha lideira de extrema nitidez entre umas e outras disposições. E, se é certo que normas existem que se identificam como *ius publicum* puramente, e outras que formam *ius privatum*, precisamente, uma zona de interferência recíproca se delinea, em que é difícil caracterizar com justeza a sua natureza privada ou pública. (PEREIRA, 2010, p. 11).

Por esse motivo, “não são poucos os autores que, a partir da ideia da constitucionalização do direito, decretam como superada a distinção entre direito público e direito privado” (SILVA, 2008, p. 172). Nesse sentido:

A acolhida da tese de unidade do ordenamento jurídico, e bem assim da superioridade dos valores e princípios insculpidos na Constituição, cujo alcance se projeta no sistema jurídico como um todo, conduz à necessidade de abandonar a separação do direito público e privado, posta pela doutrina tradicional. (MATTIETO, 2000, p. 166).

A respeito do tema, Fernanda Paula Diniz menciona que o Direito Empresarial deveria ser também considerado ramo do Direito Público:

O direito empresarial deveria ser também considerado ramo de “Direito Público”, o que seria visível pelas normas de direito concorrencial (principalmente as que se relacionam ao ativismo antitruste, que seria uma forma de socialização das preocupações empresariais) e de direito

societário (quando se reconhece a sua complexidade e a pluralidade de interesses na determinação do objeto social). (DINIZ, 2012a, p. 15).

Nesse sentido, a autonomia privada e a autonomia pública, “longe de serem excludentes, são princípios que se integram em uma unidade de sentido, ressaltando a interpenetração que deve haver entre a democracia e os direitos fundamentais” (FRAZÃO, 2011, p. 187). Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana rompe, de vez, com a tradicional dicotomia entre o interesse privado e o interesse público” (FRAZÃO, 2011, p. 189).

Diante disso, pode-se assegurar que “a falta de perspectiva pública na solução dos problemas provoca um Direito Privado inválido” (LORENZETTI, 1998, p. 228). Portanto, as instituições de Direito Privado e as ações privadas devem ser referenciadas publicamente, através de uma análise de suas consequências públicas.

Percebe-se, ainda, a mudança de paradigma que ocorreu com o Código Civil de 2002. O Código Civil de 1916 fundava-se na compreensão de que o direito público e o direito privado eram ramos desconectados, enquanto o Código Civil de 2002 refletiu uma maior intervenção estatal nas relações privadas, reafirmando que o direito privado, no contexto do Estado Democrático de Direito, se preocupa com as consequências públicas das ações privadas.

Com o Estado Democrático de Direito brasileiro, não se pode falar em atividade empresária separada de objetivos sociais, econômicos e ambientais:

A Constituição Federal de 1988 fincou no Brasil um Estado Democrático de Direito, buscando um equilíbrio entre o indivíduo e o social. O *caput* do artigo 1º é expresso em classificar a república brasileira como Estado Democrático de Direito. (FONSECA, 2007, p. 135).

Por causa dos direitos fundamentais e dos princípios inerentes à atividade empresarial na ordem econômica e social conforme a CR/1988, a empresa e seus resultados não estão voltados apenas para as relações individuais, mas também para as pessoas (física e jurídica), meio ambiente e tudo o que pode ser influenciado pela atividade empresarial: os *stakeholders*. Nesse sentido:

O interesse da empresa não pode mais ser identificado, como no contratualismo, ao interesse dos sócios nem tampouco, como na fase institucionalista mais extremada, à autopreservação. Deve isso sim ser relacionado à criação de uma organização capaz de estruturar da forma mais eficiente – e aqui eficiência é distributiva e não alocativa – as relações jurídicas que envolvem a sociedade. (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 42).

Luiz Antônio Ramalho Zanoti explica que “há uma comunidade no interior das corporações e no entorno destas, que é afetada pelos impactos das decisões que os empresários tomam”. (ZANOTI, 2009, p. 125). Esse autor acrescenta: “com efeito, no desempenho de suas atividades econômicas, as empresas se inter-relacionam com esses atores que são alvos das iniciativas éticas de seus negócios, os chamados *stakeholders*” (ZANOTI, 2009, p. 125). Em síntese, *stakeholder* “é um termo usado em administração que se refere a qualquer pessoa ou entidade que afeta ou é afetada pelas atividades de uma empresa” (PEREIRA; MAGALHÃES, 2011, p. 71).

Como esclarece Humberto Theodoro Júnior,

Nenhuma figura jurídica pode ser vista como entidade desvinculada da realidade social e econômica. A dimensão jurídica não é isolável da complexidade do comportamento humano em sociedade, envolvido que se acha dito comportamento por um emaranhado de forças e condicionantes, dentro do qual não se mostra viável, nem racional, isolar-se o fenômeno jurídico como se tratasse de uma realidade completamente autônoma, capaz de resumir-se às regras da lei e sua exegese pelos técnicos do direito. (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 4-5).

Como a atual sociedade é extremamente mutável, não se pode falar em um padrão único, mas sim em padrões em constante evolução, que se adequam a diferentes situações.

Para favorecer os interesses do Estado, demonstrados de forma evidente na Constituição da República de 1988, atualmente é comum o Estado apoiar empresários, visando o desenvolvimento sustentável. Isso porque para que o desenvolvimento econômico signifique bem-estar coletivo, deve ocorrer, simultaneamente, desenvolvimento social.

Pode-se dizer que as sociedades empresárias mantêm seus lucros também sob o enfoque de um desenvolvimento sustentável, eis que visam reduzir suas

externalidades negativas e sempre revigorar o mercado. Há uma preocupação, ao mesmo tempo, com a lucratividade e o bem comum.

Dessa forma, resta claro que a atividade mercantil se desenvolve em um círculo construtivo, no qual a preocupação com o bem-estar social está intimamente ligada à continuidade (*ad aeternum*) dos lucros resultantes da empresa. Ao analisar o tema, Suzana Sarmiento declarou:

O empresário deve buscar o programa de dentro para fora e, assim, transformar a sociedade a sua volta. Quanto ao Estado, estamos unidos na proposta de bem-estar para toda a população e estar atrás dos arranjos produtivos e das cadeias produtivas. Assim os empreendimentos devem ser aqueles que capacitam e aperfeiçoam a sociedade. (SARMIENTO, 2005).

Caso o empresário atue sem se preocupar com o bem-estar social, aumentará o custo social consequente de sua atividade no mercado e, com o tempo, poderá refletir em redução dos lucros.

Quando, por exemplo, o empresário tenta proteger suas riquezas e deixa de investir em capital produtivo, colabora para o desemprego. Essa situação somente prejudica a economia e, conseqüentemente, as sociedades empresárias, eis que desempregados consomem menos e fazem com que uma quantidade inferior de dinheiro circule no mercado.

Sobre o interesse social da atividade empresarial, declara Raquel Sztajn: “interesse social é uma das razões que justificam a promoção das trocas eficientes porque isto aumenta o bem-estar das pessoas” (SZTAJN, 2004, p. 43).

A partir desse raciocínio, quanto menor a exclusão social e maior for o desenvolvimento econômico da sociedade em que um empresário atuar, com certeza, maior será seu lucro. Isso decorre do aumento do mercado consumidor, que é intimamente ligado à redução da pobreza e soluções de políticas sociais. A manutenção de um desenvolvimento equilibrado e sustentado é uma questão permanente no dia a dia do empresário.

Nesse sentido, Vu Minh Giang declara que para a melhoria de um ambiente para investimentos é necessária a combinação de crescimento econômico com soluções de políticas sociais e redução da pobreza. Sendo assim, afirma-se que “o desenvolvimento econômico depende da estabilidade política e social. Portanto, é

necessário fortalecer os mecanismos estruturais em diferentes níveis e levar em conta a vida da população pobre” (GIANG, 2003, p. 131).

O foco do direito empresarial é o mercado, eis que não adianta produzir se não houver ninguém para comprar.

Desde a sua origem, o direito comercial liga-se ao mercado, ordenando a dinâmica estabelecida entre os mercadores. Seu objetivo sempre se relacionou à tutela do tráfico econômico, ou seja, à defesa do '*interesse geral do comércio*', na expressão de Carvalho de Mendonça. (FORGIONI, 2009, p. 14)

Ronald Coase conceitua mercado como “a instituição que existe para facilitar a troca de bens e serviços, isto é, existe para que se reduzam os custos de se efetivarem operações de trocas” (COASE, 1988, p. 7).

O mercado envolve os empresários, os bens, serviços, a família, e, ainda, é necessário para a organização econômica da sociedade. É fundamental para a economia, possuindo relevante função social.

Portanto, o Direito Empresarial no Estado Democrático de Direito está intimamente ligado a um modelo de política econômica que busca tornar compatíveis o crescimento econômico sustentável, a estabilidade financeira e o desenvolvimento social. Ora, os resultados da atividade empresarial não estão voltados apenas para as relações individuais, mas também para as pessoas (naturais e jurídicas) e meio ambiente, enfim, tudo o que pode ser influenciado pela empresa.

Dessa forma, importante visitar os princípios inerentes à empresa na ordem econômica e social, conforme a Constituição da República de 1988. É o que será desenvolvido no próximo capítulo.

3 PRINCÍPIOS INERENTES À EMPRESA NA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL CONFORME A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Antes de prosseguir, é essencial abordar os princípios inerentes à atividade empresarial na ordem econômica e social, conforme a Constituição Federal de 1988. A base principiológica é estruturante e fundamental no estudo de qualquer instituto jurídico. E, atualmente, a atividade empresarial exige um estudo dos princípios, que permitem uma orientação condizente com o Estado Democrático de Direito.

Destaque-se que “o enfoque é voltado para as premissas e os fundamentos constitucionais com os quais a Constituição de 1988 permite trabalhar aspectos por vezes pouco estudados da vida empresarial” (TAVARES, 2013, p. 15).

Não se pretende aprofundar na distinção entre princípios e regras. Apesar disso, é necessário destacar o sentido pelo qual o termo princípio será tratado, bem como sua aplicabilidade.

Sobre a palavra princípio, pode-se afirmar que:

A palavra “princípio” pode ter muitos usos. Tem uma função evocativa dos valores fundantes de um ordenamento jurídico, também alude ao início de algo, às noções básicas de uma ciência (princípios de ética ou de matemática), às características essenciais de um ordenamento que representa seu “espírito”. Na jurisprudência o princípio é concebido como uma regra geral e abstrata que se obtém indutivamente, extraindo o essencial de normas particulares, ou como uma regra geral preexistente. Para alguns são normas jurídicas, para outros, regras de pensamento, para alguns são interiores ao ordenamento, enquanto para outros são anteriores ou superiores ao sistema legal. (LORENZETTI, 1998, p. 312).

A Constituição de 1988 prevê vários princípios. Esses fundamentos, que servem de base para todo o sistema jurídico, são como um alicerce das normas jurídicas. São preceitos que permitem uma ação ou exigem uma determinada conduta. E, ainda, conforme entende Paulo Luiz Netto Lôbo, “a doutrina passou a entender que os princípios constitucionais são auto executáveis” (LÔBO, 2003, p. 207).

Importante acrescentar que os “princípios fundamentais, longe de serem meras recomendações, são normas deontológicas e vinculantes” (FRAZÃO, 2011, p. 183).

Eros Roberto Grau destaca a importância dos princípios:

É que cada direito não é mero agregado de normas, porém um conjunto dotado de unidade e coerência – unidade e coerência que repousam precisamente sobre os seus (dele = de um determinado direito) princípios. Daí a ênfase que imprime à afirmação de que são normas jurídicas os princípios, elementos internos ao sistema; isto é, estão nele integrados e inseridos. Por isso a interpretação da Constituição é dominada pela força dos princípios. (GRAU, 2008, p. 165).

De acordo com José Afonso da Silva, “princípio exprime a noção de mandamento nuclear de um sistema” (SILVA, 2007, p. 91). E, ainda, para esse autor,

Os *princípios* são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são (como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira) núcleos de condensações nos quais confluem *valores* e *bens* constitucionais. Mas, como disseram os mesmos autores, os princípios, que começam por ser a base de *normas jurídicas*, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional. (SILVA, 2007, p. 92).

Ricardo Luis Lorenzetti entende que não há diferença entre princípios e regras: “é importante esclarecer que tanto os princípios como as regras se referem ao âmbito do dever-ser e, portanto, são normas” (LORENZETTI, 1998, p. 286). No mesmo sentido, a respeito da relação entre princípios e regras, Taísa Maria Macena de Lima observa:

Hoje, prevalece a concepção forte dos princípios jurídicos, desaparecendo a precedência hierárquica das regras sobre eles, e os juristas se voltam para a construção de uma teoria jurídica na qual os princípios assumem relevância inequívoca. (LIMA, 2003, p. 242).

O elemento essencial dos princípios é a sua indeterminação estrutural, pois são prescrições finalísticas com alto grau de generalidade material, sem consequências específicas determinadas, conforme ensina Humberto Ávila:

Os princípios são, portanto, normas que atribuem fundamento a outras normas, por indicarem fins a serem promovidos, sem, no entanto, preverem o meio para a sua realização. Eles apresentam, em razão disso, alto grau de indeterminação, não no sentido de mera vagueza, presente em qualquer norma, mas no sentido específico de não enumerarem exaustivamente os fatos em presença dos quais produzem a consequência jurídica ou de

demandarem a concretização por outra norma, de modos diversos e alternativos. (ÁVILA, 2011, p. 127)

Do exposto, é vedada a interpretação isolada ou excludente de algum princípio, eis que o sistema jurídico brasileiro exige a busca pelo sentido harmônico de todas as normas, conforme registra Paulo Luiz Netto Lôbo: “Veda-se a interpretação isolada de cada regra, ou a hegemonia de uma sobre a outra, devendo-se encontrar o sentido harmônico de ambas, pois têm igual dignidade constitucional” (LÔBO, 2003, p. 211). Dessa forma, os princípios merecem conviver em harmonia, sem que um exclua outro.

Dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, o art. 1º, inciso IV da Constituição de 1988⁷ ressalta os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

O art. 3º da Constituição de 1988, por sua vez, assim dispõe:

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

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

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

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988)

É conveniente destacar que o enfoque será voltado aos princípios inerentes à empresa na ordem econômica e social. O art. 170 da Constituição da República de 1988, inicia o capítulo I do Título VII, que trata sobre os princípios gerais da atividade econômica e determina as finalidades da ordem econômica: “art. 170. A ordem econômica, fundada na valoração 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: (...)” (BRASIL, 2013).

⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

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.

Dessa forma, pode-se afirmar que, na Constituição de 1988, há uma junção entre os interesses capitalistas (valorização da livre iniciativa) e interesses sociais (valorização do trabalho e garantia de existência digna).

No Estado Democrático, o exercício da livre iniciativa está diretamente ligado à garantia que será proporcionada à valorização do trabalho e a busca pela efetividade da existência digna ao ser humano. Dessa forma, a liberdade econômica, conforme os fundamentos constitucionais, não é absoluta.

No mesmo sentido, *verbi gratia*, a Constituição assegura o direito de propriedade, desde que ela cumpra a sua função social. Então, o Estado, ao mesmo tempo em que dá liberdade e garantias ao ente particular - para usar, como bem entender, sua propriedade - impõe limites, podendo interferir na esfera individual caso o indivíduo atue em prejuízo da coletividade.

Sendo assim, resta claro que o direito à propriedade sucumbe frente ao direito à existência digna e que a Constituição de 1988 coloca a busca do bem comum como uma responsabilidade coletiva.

Ressalte-se que os princípios jurídicos são autoaplicáveis e não admitem exceções à sua execução, eis que não podem ser previamente elencados todos os casos em que serão cabíveis suas aplicações. Sobre a inadmissibilidade de normas e condutas incompatíveis com o artigo 170 da Constituição da República, explana Eros Roberto Grau:

A amplitude dos preceitos constitucionais abrange não apenas normas jurídicas, mas também condutas. Daí porque desejo afirmar, vigorosamente, serem constitucionalmente inadmissíveis não somente normas com ele incompatíveis, mas ainda quaisquer condutas adversas ao disposto no art. 170 da Constituição. (GRAU, 2008, p. 196).

Nesse sentido, as observações de Ana Frazão de Azevedo Lopes:

Os princípios constitucionais, na verdade, são deontológicos e obrigatórios, formando um sistema constitucional que precisa ser coerente. Daí a importância da compreensão paradigmática do Estado democrático de direito, pois, ao possibilitar a interpretação dos princípios constitucionais a partir de um fundamento comum, facilita a aplicação adequada de cada um deles, de forma a se manter a integridade do sistema como um todo. (LOPES, 2006, p. 224).

Importante observar que existem princípios aplicáveis à atividade empresarial que não estão previstos na CR/1988, como por exemplo o princípio da boa-fé e o princípio da preservação da empresa. Nesse sentido:

Existem princípios que, embora não previstos no texto Constitucional, por força da legislação que os contemplam, devem ser aplicados à atividade empresária. Dentre esses, podemos destacar o princípio da boa-fé, previsto no Código Civil, e o princípio da preservação da empresa, previsto na Lei de Falências e Recuperação de Empresas (Lei n. 11.101/2005) e também pela Constituição. Importante salientar, como já apontado pelo Professor Carlos Alberto Farracha de Castro, nem todos os princípios constitucionais estão escritos, como é o caso da segurança jurídica, que assim expôs: “embora tal princípio não esteja expresso no Texto Constitucional, podemos extrair sua formulação a partir dos princípios explícitos, como, *v.g.*, o princípio da legalidade (art. 5º, II), a irretroatividade das leis e a proteção à coisa julgada (art. 5º, inc. XXXVI), o princípio do Juiz Natural (art. 5º, inc. XXXVII), o livre acesso ao Poder Judiciário (5º, inc. XXXV), o princípio da anterioridade tributária (art. 150, inc. III, b), entre outros. (DINIZ, 2012a, p. 129).

Conforme entende Paula Forgioni, o Direito Empresarial “subordina-se e insere-se nos parâmetros do art. 170 e também dos arts. 1º e 3º da Constituição” (FORGIONI, 2009, p. 22).

Posto isso, para a Constituição da República, um sistema econômico equilibrado - e válido - deve ter coerência entre os interesses econômicos, jurídicos e sociais. Tudo isso para promover um desenvolvimento harmonioso e eficaz da coletividade, com coerência às exigências de um Estado Democrático de Direito, especialmente visando efetivar a dignidade da pessoa humana.

Portanto, o termo princípio, quando usado ao longo desta tese, deverá ser compreendido como mandamento de otimização, auto executável. Cada princípio corresponde a um filtro para o adequado exercício da atividade empresarial.

3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A palavra dignidade vem do latim *dignitate* e significa “respeitabilidade; autoridade moral” (BUENO, 1996, p. 213). Sobre a dignidade da pessoa humana, registra Nicola Abbagnano:

O que tem preço pode ser substituído por alguma outra coisa *equivalente*, o que é superior a qualquer preço, e por isso não permite nenhuma equivalência, tem dignidade. Substancialmente, a dignidade de um ser racional consiste no fato de ele não obedecer a nenhuma lei que não seja também instituída por ele mesmo. A moralidade, como condição dessa autonomia legislativa, é, portanto, a condição da dignidade do homem, e moralidade e humanidade são as únicas coisas que não têm preço. (ABBAGNANO, 1998, p. 276/277).

A dignidade humana não está incluída no rol dos direitos e garantias fundamentais, mas “pela primeira vez na história legislativa pátria, o constituinte de 1988 inseriu-a como princípio fundamental, verdadeiro alicerce da ordem jurídica democrática” (MORAES, 2003, p. 115).

A dignidade da pessoa humana, além de ser um dos fundamentos da organização de um Estado Democrático de Direito, pode ser considerado um princípio do qual emanam os outros direitos fundamentais, individuais e coletivos. Neste sentido:

O princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil, como raiz fundante dos demais direitos fundamentais, possui essa precípua função hermenêutica no sistema jurídico, ou seja, confere as balizas norteadoras tanto da atividade interpretativa das normas jurídicas, quanto da própria atividade legiferante infraconstitucional e mesmo do poder constituinte reformador. (LAMOUNIER, 2009, p. 145).

No mesmo sentido, assevera Luiz Antônio Ramalho Zanoti:

Assim, o postulado da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da organização nacional, tendo passado a se constituir no vértice para o qual convergem todos os direitos individuais (da pessoa humana) e coletivos (dos sindicatos, das associações, das entidades de classe, dentre outras), proclamados nas constituições democráticas de uma sociedade cada vez mais pluralista. (ZANOTI, 2009, p. 122).

Para Eros Roberto Grau, a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil e, ainda, é uma diretriz para as atividades econômicas:

A *dignidade da pessoa humana* é adotada pelo texto constitucional concomitantemente como *fundamento* da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e como *fim* da ordem econômica (mundo do ser) (art. 170, *caput* – “a ordem econômica ... tem por fim assegurar a todos existência digna”).

Embora assuma concreção como direito individual, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos. (GRAU, 2008, p. 196).

Em obediência a esse princípio, a atividade empresarial, diante da ordem econômica e social - conforme a Constituição de 1988 - deve conferir a cada pessoa uma respeitabilidade, um direito a um respeito inerente à qualidade de ser humano. E, por consequência, deve buscar colocar o homem em condições idôneas para exercer suas aptidões pessoais, assumindo posição relevante dentro da ordem econômica e social.

Dessa forma, seres humanos não podem ser tratados como objetos, como se pudessem ser trocados. São sujeitos de direito e estão no centro do ordenamento jurídico. Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser observado tanto pelo direito público, quanto pelo direito privado. Sobre esse aspecto, esclarece Eros Roberto Grau:

A dignidade da pessoa humana assume a mais pronunciada relevância, visto comprometer todo o exercício da atividade econômica, em sentido amplo – e em especial, o exercício da atividade econômica em sentido estrito – com o programa de promoção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar. Daí porque se encontram constitucionalmente empenhados na realização desse programa – dessa política pública maior – tanto o setor público quanto o setor privado. Logo, o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição. (GRAU, 2008, p. 198).

A dignidade humana é “verdadeiro alicerce da ordem jurídica democrática” (FISCHER, 2006, p. 61). Em síntese, “a dignidade humana pode ser definida como a superioridade do homem sobre as demais coisas do universo, ou seja, é a prevalência das pessoas sobre os objetos” (DINIZ, 2012b, p. 3).

Portanto, “a Constituição estabelece a finalidade de toda a atuação através de políticas econômicas, qual seja a de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. (FONSECA, 1996, p. 83). Então, é inaceitável que os empresários visem a redução de custos em detrimento da dignidade da pessoa humana.

3.2 Princípio da livre iniciativa

A livre iniciativa está presente na Constituição de 1988 em dois dispositivos. No artigo 1º, inciso IV, ela consta como sendo um fundamento da República Federativa do Brasil. Já o artigo 170, *caput*, prevê que a ordem econômica deve estar fundada na livre iniciativa.

De acordo com Paula Forgioni, esse princípio

garante aos agentes econômicos ingresso ao mercado, à arena de disputas. A existência de adequado fluxo de trocas depende do acesso dos indivíduos à oportunidade de oferecer oportunidades de troca, estabelecendo contratos. (FORGIONI, 2009, p. 205).

Então, a livre iniciativa é um dos princípios constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, e, também, um dos fundamentos da ordem econômica. Dessa forma, ela fundamenta toda a estrutura dos ideais de liberalismo econômico, que circundam toda atividade empresarial e, ainda, possui relevante destaque econômico constitucional.

A previsão constitucional da livre iniciativa determina que “a eleição da atividade que será empreendida assim como o quantum a ser produzido ou comercializado resultam de uma decisão livre dos agentes econômicos” (MELLO, 2005, p. 732).

Sobre a liberdade de iniciativa econômica, José Afonso da Silva ensina:

A liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato. Consta do art. 170, como um dos esteios da ordem econômica, assim como de seu parágrafo único, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo casos previstos em lei. (SILVA, 2007, p. 793).

A livre iniciativa garante ao ser humano o direito de atuar livremente no segmento econômico que preferir e, ainda, assegura ao proprietário a liberdade de dispor de seus bens, da maneira que melhor lhe aprouver.

Paula Forgioni ressalta que a ideia de livre iniciativa sempre esteve ligada “à liberdade de atuação e ao repúdio de privilégios, especialmente de garantia de ação

sem amarras que diminuem o espaço do agente econômico” (FORGIONI, 2009, p. 208).

Ressalte-se que a livre iniciativa somente é legítima quando, ao perseguir o lucro, não esquece os ditames da justiça social. E, conseqüentemente, será ilegítima quando for utilizada tão somente para satisfazer os interesses egocêntricos do empresário. Pode-se dizer que a livre iniciativa está intimamente atrelada à função social da empresa, tema este que será aprofundado mais adiante.

Outra limitação no que tange à livre iniciativa diz respeito ao poder estatal de impedir concentrações capitalistas, as quais objetivem prejudicar a livre concorrência, dificultando pequenas iniciativas econômicas.

Nesse sentido, apesar da livre iniciativa estar assegurada constitucionalmente, não se pode esquecer que a mesma esbarra em algumas limitações. Isso tendo em vista que inexiste princípio absoluto, devendo todos os princípios coexistir num sistema coerente.

A ideia de que a livre iniciativa deve ser exercida no interesse da justiça social é explorada por José Afonso da Silva:

Assim, a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário. (SILVA, 2007, p. 794).

Ou seja, é garantido o direito do homem para, com o seu capital, explorar atividade econômica. Porém, ele deverá desempenhar tal mister em busca do bem comum, conforme os ditames da justiça social, e não somente com um egocentrismo exacerbado, sob a luz do princípio da função social.

3.3 Princípio da valorização do trabalho humano

O princípio da valorização do trabalho humano, da mesma forma que o da livre iniciativa, é um pilar fundamental do ordenamento jurídico econômico.

No artigo 1º, inciso IV, da Carta Magna de 1988, ele consta como fundamento do Estado Democrático de Direito. Já no artigo 170, existe a previsão de que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano. Então, além de ser um princípio constitucional, é um fundamento da ordem econômica.

O trabalho deve ser sempre valorizado, eis que consiste em fonte de sobrevivência do ser humano. Sendo assim, ao redor da valorização do trabalho circunda interesse social, bem como está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana.

José Afonso da Silva entende que a ordem econômica prioriza os valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado:

A Constituição declara que a ordem econômica é fundada na *valorização do trabalho humano* e na iniciativa privada. Que significa isso? Em primeiro lugar quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a *iniciativa privada* é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado, na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV). (SILVA, 2007, p. 788).

Sobre a relação entre empresa e trabalho, observa Luiz Antônio Ramalho Zanoti que:

O trabalho existe antes da empresa, e esta foi criada para racionalizar a forma com que ele era até então realizado, de maneira que ele tivesse o melhor resultado possível, mediante o emprego da menor força física e do menor consumo de matérias-primas, com menor custo final. Isso mostra, pois, que a empresa é uma instituição nitidamente humana, profundamente humana, porque é profundamente humano procurar a otimização. Contudo, esse processo de otimização deve privilegiar o desenvolvimento pessoal do homem, para que o trabalho seja realizado com prazer, e não como fonte geradora de recursos materiais para a satisfação das necessidades pessoais do empregado e de sua família. (ZANOTI, 2009, p. 190).

Posto isso, pode-se afirmar que o exercício de qualquer atividade econômica incompatível com o princípio da valorização do trabalho humano estará na contramão da Constituição. Neste sentido:

O texto do art. 170 não afirma que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e *tem* por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, senão que ela *deve estar* – vale dizer, *tem de necessariamente estar* – fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e *deve ter* – vale dizer, *tem de necessariamente ter* – por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. A perfeita compreensão dessa obviedade é essencial, na medida em que informará a plena compreensão de que qualquer prática econômica (*mundo do ser*) incompatível com a valorização do trabalho humano e com a livre iniciativa, ou que conflite com a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social, será adversa à ordem constitucional. Será, pois, *institucionalmente inconstitucional*. Desde a compreensão desse aspecto poderão ser construídos novos padrões não somente de controle de constitucionalidade, mas, em especial, novos e mais sólidos espaços de constitucionalidade. A amplitude dos preceitos constitucionais abrange não apenas normas jurídicas, mas também condutas. Daí porque desejo afirmar serem constitucionalmente inadmissíveis não somente normas com ele incompatíveis, mas ainda quaisquer condutas adversas ao disposto no art. 170 da Constituição. (GRAU, 2008, p. 195-196).

Dessa forma, pode-se dizer que o aspecto patrimonial das relações de emprego possui significativa limitação com o princípio da valorização do trabalho humano. Além disso, diante desse princípio, o exercício de qualquer atividade econômica fica condicionado às exigências de dignidade da pessoa humana e valorização social do trabalho.

3.4 Princípio da soberania nacional econômica

A soberania nacional é mencionada, no artigo 1º, inciso I, da Constituição, como um dos fundamentos da República e, no artigo 170, inciso I, como princípio da ordem econômica. Uma não se confunde com a outra. A prevista no artigo 1º é tida como soberania política e a do artigo 170 trata da soberania nacional econômica, sendo que esta última é complemento da primeira.

O princípio da soberania nacional econômica, previsto expressamente no artigo 170, inciso I, da Constituição da República, garante que o exercício de qualquer atividade econômica não entre em choque com os interesses nacionais. Dessa forma, os interesses nacionais estão em um plano superior aos interesses do livre exercício da iniciativa privada.

Esse princípio proíbe que os interesses nacionais se submetam aos objetivos unilaterais de entidades internacionais. Ressalte-se que afirmar a soberania nacional econômica “não supõe o isolamento econômico, mas antes, pelo contrário, a modernização da economia – e da sociedade – e a ruptura de nossa situação de dependência em relação às sociedades desenvolvidas” (GRAU, 2008, p. 226).

Diante desse princípio, pode-se dizer que o constituinte de 1988 visou formar um capitalismo nacional autônomo, independente. Para isso, foi necessária a criação de condições jurídicas indispensáveis para um sistema econômico autocentrado e desenvolvido, sem que isso signifique afastamento de outras economias ou da dignidade da pessoa humana. Neste sentido:

A Constituição criou as condições jurídicas fundamentais para a adoção do *desenvolvimento autocentrado, nacional e popular*, que, não sendo sinônimo de isolamento ou autarquização econômica, possibilita marchar para um sistema econômico desenvolvido, em que a burguesia local e seu Estado tenham o domínio da reprodução da força de trabalho, da centralização do excedente da produção, do mercado e a capacidade de competir no mercado mundial, dos recursos naturais e, enfim, da tecnologia. É claro que essa formação capitalista da Constituição de 1988 tem que levar em conta a construção do Estado Democrático de Direito, em que, como vimos, se envolvem direitos fundamentais do homem que não aceitam a permanência de profundas desigualdades, antes, pelo contrário, reclamam uma situação de convivência em que a dignidade da pessoa humana seja o centro das considerações da vida social. (SILVA, 2007, p. 793).

Sobre o tema, esclarece Eros Roberto Grau:

Afirmar a *soberania econômica nacional* como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e como objetivo particular a ser alcançado é definir programa de políticas públicas voltadas – repito – não ao isolamento econômico, mas a viabilizar a participação da sociedade brasileira, em condições de igualdade, no mercado internacional. (GRAU, 2008, p. 227).

Ademais, com a atual e constante globalização, ocorrem quebras de barreiras geográficas, em prol do exercício de atividades econômicas, com circulação de capitais internacionais. A economia mundial, atualmente, é interligada. Ocorrem criações de blocos econômicos, celebração de tratados internacionais, mas, tudo isso, sem prejuízo da soberania nacional econômica.

3.5 Princípio da livre concorrência

O princípio da livre concorrência está previsto no artigo 170, inciso IV, da Constituição da República. Ele é um princípio que, ao mesmo tempo em que decorre da livre iniciativa, atua como limite do seu exercício. Dessa forma, visa prevenir abusos da livre iniciativa, eis que assegura o direito de conquistar clientela, em igualdade de condições.

De acordo com Ana Frazão,

O princípio da livre concorrência pretende garantir certo nível de competitividade que tanto possibilite a liberdade dos agentes econômicos, para os fins de ingresso permanente no mercado, como também assegure aos consumidores o menor preço que decorre da competição e a liberdade de escolha e de difusão do conhecimento econômico. (FRAZÃO, 2011, p. 194).

Esse princípio proíbe a utilização incorreta da livre iniciativa e do poder econômico. É fundamento para o disposto no artigo 173, §4º, da Constituição de 1988: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico, que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. A lei que esse dispositivo se refere é a lei nº 8.884/1994, a qual dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações à ordem econômica.

O artigo 170, inciso IV, bem como o artigo 173, §4º, ambos da Constituição da República, se complementam para atingir o mesmo objetivo. Sobre esse objetivo comum desses dispositivos, esclarece José Afonso da Silva:

Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira anti-social. Cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso. (SILVA, 2007, p. 795).

Então, a livre concorrência não é uma liberdade sem controle. Trata-se de uma liberdade em prol da coletividade. Nos dizeres de Eros Roberto Grau: “A livre concorrência é elevada à condição de princípio da ordem econômica, na Constituição de 1988, mitigadamente, não como liberdade anárquica, porém social” (GRAU, 2008, p. 215).

A concorrência incentiva a competição sadia para o mercado eis que obriga as empresas a diminuir seus preços e aumentar a qualidade dos bens que oferece aos consumidores. Sobre a importância da disputa de mercado ressalta Paula Forgioni:

A disputa é, assim, essencial para o desenvolvimento das atividades empresariais e, apenas nessa medida, desejada pelo agente econômico. Em verdade, a empresa não aprecia a concorrência; suporta-a porque esta é a forma admissível de conquistar mercado e de aumentar lucros. (FORGIONI, 2009, p. 209).

A respeito da relação entre o princípio da livre concorrência com o da livre iniciativa, vale citar a observação de Sérgio Botrel, segundo a qual “a livre concorrência consiste, ao mesmo tempo, na confirmação da livre iniciativa e em limitação ao seu exercício” (BOTREL, 2009, p. 63).

Paula Forgioni destaca que, “por força do princípio da livre concorrência, aos agentes econômicos é assegurada a garantia de disputa” (FORGIONI, 2009, p. 208). Essa autora explica que a livre concorrência garante que os agentes econômicos: “[i] poderão disputar trocas com os outros agentes econômicos; e [ii] não terão suas oportunidades de troca indevidamente subtraídas por terceiros.” (FORGIONI, 2009, p. 208).

Dessa forma, o princípio da livre concorrência visa proteger o livre acesso ao mercado, aumentando o direito de escolha dos consumidores. E, ainda, é instrumento indispensável para o correto exercício da livre iniciativa.

3.6 Princípio de defesa do consumidor

No artigo 170, inciso V, da Constituição da República, encontra-se previsto o princípio de defesa do consumidor. A proteção deste também está positivada no artigo 5º, inciso XXXII.

A definição legal de consumidor encontra-se prevista no artigo 2º, *caput*, da lei 8.078/1990: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Sobre o conceito de consumidor, José Geraldo Brito Filomeno assevera:

O conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter *econômico*, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se assim que age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial. (FILOMENO, 2000, p. 26).

Destarte, o consumidor, seja ele pessoa física ou jurídica, é elemento central da ordem econômica constitucional, eis que afeta todo o exercício de atividade econômica, razão pela qual mereceu tutela constitucional, inclusive. O Estado Democrático de Direito preocupa-se em protegê-lo, tratando-o como hipossuficiente frente às relações empresariais.

Sobre o princípio de defesa da parte vulnerável nas relações de consumo, ensina Eros Roberto Grau:

A par de consubstanciar, a *defesa do consumidor*, um modismo modernizante do capitalismo – a ideologia do consumo contemporizada (a regra “acumulai, acumulai” impõe o ditame “consumi, consumi”, agora porém sob proteção jurídica de quem consome) – afeta todo o exercício de atividade econômica, inclusive tomada a expressão em sentido amplo. O caráter constitucional conformador da ordem econômica, deste como dos demais princípios de que tenho cogitado, é inquestionável. (GRAU, 2008, p. 249).

Com efeito, o princípio da defesa do consumidor (art. 170, V, da CR) “exige uma proteção diferenciada aos destinatários finais de produtos e serviços em suas relações contratuais e extracontratuais, o que se obteve por meio do Código de Defesa do Consumidor” (FRAZÃO, 2011, p. 195).

Vislumbrando um mercado propício para um desenvolvimento econômico, além de prever a livre iniciativa e a livre concorrência, a Constituição resguardou o consumidor, parte vulnerável numa rede de relações comerciais. Dessa forma, para incentivar o desenvolvimento das relações comerciais, bem como viabilizar o desenvolvimento econômico e o bem-estar da coletividade, o Estado deve efetivar proteções à pessoa – física ou jurídica – que adquirir ou utilizar produto ou serviço como destinatário final.

Então, pode-se afirmar que a livre iniciativa e a livre concorrência devem ser observadas tendo como elemento central, a ser tutelado, o consumidor, o qual é

peça fundamental para a circulação de bens numa economia de mercado, que não pode ser visto apenas como instrumento para obtenção de lucro.

3.7 Princípio de defesa do meio ambiente

Outro princípio da ordem econômica é o de defesa do meio ambiente, previsto no artigo 170, inciso VI, da Carta Magna de 1988. Nesse dispositivo há previsão acerca de tratamento diferenciado conforme a violência ambiental causada pelos produtos e serviços, bem como de seus processos de elaboração e prestação, o que indica a presença de proporcionalidade da defesa ambiental.

O Estado Democrático de Direito demonstrou relevante preocupação com essa proteção, numa evidente busca de um desenvolvimento econômico sustentável. Este, que pode ser definido conforme as seguintes palavras:

O desenvolvimento que procura satisfazer as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades, significa possibilitar que as pessoas, agora e no futuro, atinjam um nível satisfatório de desenvolvimento social e econômico e de realização humana e cultural, fazendo, ao mesmo tempo, um uso razoável dos recursos da terra e preservando as espécies e os *habitats* naturais. (DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, 2009)

Nesse sentido, a observação de Ricardo Luis Lorenzetti, a respeito do conceito de desenvolvimento sustentável: “trata-se de preservar aquelas coisas nas quais se sustenta o desenvolvimento” (LORENZETTI, 1998, p. 576).

Conforme dispõe o artigo 225, da Constituição de 1988, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos, assim como é bem de uso comum e essencial à sadia qualidade de vida, razão pela qual, impõe-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar a natureza, visando o bem-estar atual e futuro.

Dessa forma, a ordem econômica resta diretamente influenciada pelo dever de proteção ao meio ambiente, o que limita sua atuação, em benefício da busca pela existência digna. Neste sentido, Eros Roberto Grau explica que:

O princípio da *defesa do meio ambiente* conforma a ordem econômica (mundo do ser) informando substancialmente os princípios da *garantia do desenvolvimento* e do *pleno emprego*. Além de objetivo, em si, é instrumento necessário – e indispensável – à realização do fim dessa ordem, o de *assegurar a todos existência digna*. Nutre também, ademais, os ditames da *justiça social*. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo – diz o art. 225, *caput*. O *desenvolvimento nacional* que cumpre realizar, um dos objetivos da República Federativa do Brasil, e o *pleno emprego* que impende assegurar supõem economia auto-sustentada, suficientemente equilibrada para permitir ao homem reencontrar-se consigo próprio, como ser humano e não apenas como um dado ou índice econômico. (GRAU, 2008, p. 252).

Ressalte-se que a defesa do meio ambiente está intimamente ligada ao direito – fundamental – à vida e, por isso, deve preponderar sobre quaisquer considerações de desenvolvimento econômico desenfreado. Dessa forma, a tutela do meio ambiente serve como orientação nas atividades empresariais, para o exercício do direito de propriedade, bem como em qualquer iniciativa privada. É o que se extrai das ponderações de José Afonso da Silva, segundo as quais:

A qualidade do meio ambiente se transforma num bem, num patrimônio, num valor mesmo, cuja *preservação, recuperação e revitalização* se tornaram num imperativo do Poder Público, para assegurar a saúde, o bem-estar do homem e as condições de seu desenvolvimento. Em verdade, para assegurar o direito fundamental à vida. As normas constitucionais assumiram a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Compreendeu que ele é um valor preponderante, que há de estar acima de quaisquer considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente, que é instrumento no sentido de que, através dessa tutela, o que se protege é um valor maior: *a qualidade da vida humana*. (SILVA, 2007, p. 847/848).

Como sabido, é inerente ao desenvolvimento econômico a ocorrência de atos que prejudicam o meio ambiente, como, por exemplo, o aumento da emissão de gases poluentes, geração e utilização de produtos não biodegradáveis, dentre outros. A preponderância que a Constituição determina para tutelar do meio ambiente diz respeito a uma utilização racional, evitando danos desnecessários ou abusivos.

Diante disso, a atividade empresarial deve ser exercida através de condutas ecologicamente corretas, em busca de um desenvolvimento econômico

ecologicamente sustentável. E, assim, de acordo com as diretrizes do Estado Democrático de Direito que dizem respeito à tutela ambiental, assegurando a todos existência digna. Trata-se, então, de uma compatibilização da livre iniciativa, da livre concorrência, da valorização do trabalho humano, com o respeito ao meio ambiente.

3.8 Princípio da redução das desigualdades regionais e sociais

No artigo 170, inciso VII, da Constituição da República, encontra-se previsto, dentre os princípios gerais da atividade econômica, o da redução das desigualdades regionais e sociais. Diante disso, no Estado Democrático de Direito, há determinação para que, simultaneamente ao crescimento econômico, ocorra a redução dessas desigualdades.

Esse princípio também se encontra inserido no artigo 3º, inciso III, da Constituição de 1988, que prevê a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. É neste sentido a observação de José Afonso da Silva, que sustenta o seguinte:

A redução das desigualdades regionais e sociais é, também, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, III) e, já vimos, por um lado, que os direitos sociais e os mecanismos da seguridade social são preordenados no sentido de buscar um sistema que propicie maior igualização das condições sociais, e, por outro lado, consignamos, alhures, a preocupação constitucional com a solução das desigualdades regionais, prevendo mecanismos tributários (Fundo Especial) e orçamentários para tanto (regionalização, arts. 43 e 165, §1º). (SILVA, 2007, p. 796).

A redução das desigualdades sociais e regionais (princípio da ordem econômica) e a busca pela erradicação da pobreza e da marginalização (objetivo fundamental da República) estão intimamente ligados, sendo que, para Eros Roberto Grau: “a erradicação da pobreza e da marginalização, bem assim redução das desigualdades sociais e regionais, são objetivos afins e complementares daquele atinente à promoção (= garantir) do desenvolvimento econômico” (GRAU, 2008, p. 219).

Dessa forma, o processo de desenvolvimento econômico, no Estado Democrático de Direito brasileiro, não pode ser desenfreado, devendo contribuir para o regular funcionamento das práticas mercantis. O princípio da redução das desigualdades regionais e sociais está conectado à evolução da ordem econômica, ao contribuir para o estável funcionamento dos mercados, possuindo evidente função social.

3.9 Princípio da busca do pleno emprego

O princípio diretivo da busca do pleno emprego, previsto no artigo 170, inciso VIII, da Constituição de 1988, se opõe às políticas recessivas. Pode ser entendido como uma busca pela “expansão das oportunidades de emprego produtivo” (GRAU, 2008, p. 253) e, também, como uma garantia para o trabalhador.

No mesmo sentido, José Afonso da Silva explica que:

Pleno emprego é expressão abrangente da utilização, ao máximo grau, de todos os recursos produtivos. Mas aparece, no art. 170, VIII, especialmente no sentido de propiciar trabalho a todos quantos estejam em condições de exercer uma atividade produtiva. Trata-se do pleno emprego da força de trabalho capaz. Ele se harmoniza, assim, com a regra de que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano. Isso impede que o princípio seja considerado apenas como mera busca quantitativa, em que a economia absorva a força de trabalho disponível, como o consumo absorve mercadorias. Quer-se que o trabalho seja a base do sistema econômico, receba o tratamento de principal fator de produção e participe do produto da riqueza e da renda em proporção de sua posição na ordem econômica. (SILVA, 2007, p. 797).

Diante disso, a principal característica da busca do pleno emprego é servir de base para a ordem econômica. E, assim, para que ocorra um desenvolvimento econômico eficaz, deve ser lastreado no aumento de ofertas de empregos produtivos, fundamentais para o crescimento da economia no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Conforme sustenta Ana Frazão de Azevedo Lopes,

O pleno emprego é determinado também pela soma do consumo e dos investimentos, de forma que o Estado deveria intervir para estimular essas duas funções, seja diretamente, por meio de despesas públicas, seja indiretamente, por meio da política fiscal. (LOPES, 2006, p. 155).

Além de sua evidente ligação com o princípio da valorização do trabalho humano, conforme sustenta Eros Roberto Grau, a busca do pleno emprego possui liame com o princípio da função social da propriedade:

O princípio (da busca do pleno emprego) informa o conteúdo ativo do princípio da *função social da propriedade*. A *propriedade dotada de função social* obriga o proprietário ou o titular do poder de controle sobre ela ao exercício desse direito-função (*poder-dever*), até para que se esteja a realizar o *pleno emprego*. (GRAU, 2008, p. 254).

O homem que vive sem possibilidades de emprego, em estado de escassez econômica, está impossibilitado para desenvolver suas capacidades básicas, situação que ofende a dignidade da pessoa humana, inclusive. Destarte, percebe-se que a dignidade do trabalhador deve prevalecer frente ao aspecto patrimonial da relação de emprego.

3.10 Princípio do tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte

O último dos princípios constantes do rol do artigo 170 da Constituição da República é o do tratamento favorecido para o microempresário e para o empresário de pequeno porte (inciso IX). Também foi reproduzido no artigo 179, *verbis*:

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

Importante mencionar a diferença entre esses dois empresários, prevista na Lei Complementar nº 123/2006 (alterada pela Lei Complementar nº 139/2011). Por esse diploma legal, microempresário é o que auferir receita bruta anual até R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais), e empresário de pequeno porte é o que embolsa valor superior a esse, até o limite de R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

Esse princípio, além de fundamentar a reivindicação de realização de políticas públicas, estabelece, conforme observa Eros Roberto Grau, proteção para empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis do Brasil e que tenham sua sede e administração no país, “constituindo, em termos relativos, porém, cláusula transformadora” (GRAU, 2008, p. 255).

O tratamento diferenciado previsto para as microempresas e empresas de pequeno porte visa estimular o desenvolvimento econômico dessas pessoas jurídicas, como esclarece Fábio Ulhoa Coelho:

O microempresário e o empresário de pequeno porte, por sua vez, têm constitucionalmente assegurado o direito a tratamento jurídico diferenciado, com o objetivo de estimular-lhes o crescimento com a simplificação, redução ou eliminação de obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias (CF, art.179). (COELHO, 2009, p.76).

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz sugere que:

A vida empresarial, influenciada pelo Código Civil italiano, inovou ao regulamentar a microempresa (ME) e a empresa de pequeno porte (EPP) num movimento iniciado pelo Decreto-lei n. 1.750/80, seguido da Lei n. 7.256/84, regulamentada pelo Decreto n. 90.880/85, que disciplina a *microempresa* (ME), e pela Carta Magna de 1988, que veio a tutelar não só a microempresa como também a *empresa de pequeno porte* (EPP), com o escopo de facilitar-lhes a constituição e o funcionamento, fortalecendo sua participação no processo de desenvolvimento econômico-social, inclusive como fonte de geração de empregos para pequenos empresários, membros de sua família e terceiros, e, com isso, haverá estímulo para o seu crescimento. (DINIZ, 2009, p. 39).

O tratamento diferenciado ao microempresário e ao empresário de pequeno porte visa proteger o mercado e os consumidores de um movimento de concentração empresarial. Como bem aponta Paula Forgioni a evolução do capitalismo acabou levando à “diminuição do grau de pulverização empresarial e ao aumento do número de macroempresas em importantes setores da economia nacional” (FORGIONI, 2009, p. 158-159).

O crescimento das fusões, incorporações, compra de ativos, dentre outras operações, fomentaram o surgimento de macroempresas que dominam um determinado setor do mercado, fulminando empresas menores que acabam por sucumbir por não possuírem forças para competir.

A concentração empresarial na medida em que afasta a competição inerente ao mercado, acaba por prejudicar os consumidores na medida em que estes se sujeitam às iniciativas das macroempresas dominantes.

Neste sentido, essencial a valorização do estado aos microempresários e aos empresários de pequeno porte, mediante a adoção de medidas protetivas que lhes forneçam condições para manter-se no mercado de forma competitiva.

Isso significa que o direito comercial deverá, por um lado, lidar com as necessidades econômicas derivadas da nova dinâmica marcada pelos grupos empresariais mas, de outro, impedir que o movimento concentracionista acabe por gerar disfunções sistêmicas, prejudiciais ao bom fluxo de relações econômicas, incluindo os prejuízos causados aos consumidores e aos agentes econômicos em posição de sujeição ao poder dos agentes “fortes”. (FORGIONI, 2009, p. 162).

Esse princípio visa, assim, facilitar as atividades das microempresas e empresas de pequeno porte e, dessa forma, promove a efetivação da livre iniciativa, bem como da livre concorrência. Diante disso, ocorre ampla abertura para o livre exercício de atividade econômica, tornando mais simples a disputa saudável pelo mercado consumidor.

3.11 Princípio da propriedade privada e da função social da propriedade

No artigo 170, incisos II e III, da Constituição da República, há previsão da propriedade privada e sua função social, como princípios da ordem econômica. O princípio da propriedade privada e o da função social serão tratados juntos, em face de sua inviolável ligação, na busca constitucional de assegurar a todos existência digna.

Paula Forgioni entende que o art. 170 da Constituição coloca o direito de propriedade como “vetor (instrumental) da ordem econômica” (FORGIONI, 2009, p. 219). Essa autora destaca que o “sistema de mercado funda-se também na propriedade privada, pois, sem ela, não haveria objeto das contratações. Consequentemente, sem propriedade, não há mercado” (FORGIONI, 2009, p. 219).

Importante mencionar o artigo 5º, incisos XXII e XXIII, da Constituição, sendo que a combinação destes dispositivos prevê que é garantido o direito de propriedade, desde que esta atenda sua função social. Dessa forma, a propriedade não pode mais ser vista como um direito individual intocável, nem como instituição unicamente de Direito Privado.

A respeito da propriedade, Eros Roberto Grau comenta:

A propriedade sempre foi justificada como modo de proteger o indivíduo e sua família contra as necessidades materiais, ou seja, como forma de prover à sua subsistência. Acontece que na civilização contemporânea, a propriedade privada deixa de ser o único, senão o melhor meio de garantia da subsistência individual ou familiar. Em seu lugar aparecem, sempre mais, a garantia de emprego e salário justo e as prestações sociais devidas ou garantidas pelo Estado, como a prevalência contra os riscos sociais, a educação e a formação profissional, a habitação, o transporte, e o lazer. (GRAU, 2008, p. 235/236).

César Fiuza, ao definir propriedade, observa que:

Assim, dizer que propriedade é o direito de exercer com exclusividade o uso, a fruição, a disposição e a reivindicação de um bem, é dizer muito pouco. É esquecer os deveres do dono e os direitos da coletividade. Ao esquecer os direitos da coletividade, ou seja, do outro, do próximo, estamos excluindo-o. É esquecer, ademais, o caráter dinâmico da propriedade, que consiste em relações que se movimentam, que se transformam no tempo e no espaço. Sem essa visão da propriedade como fenômeno dinâmico, é impossível se falar em função social e, muito menos, em função econômica. (FIUZA, 2007, p. 758).

Sobre a aplicabilidade do princípio da função social da propriedade, José Afonso da Silva esclarece:

A norma que contém o princípio da função social da propriedade incide imediatamente, é de aplicabilidade imediata, como o são todos os princípios constitucionais. A própria jurisprudência já o reconhece. Realmente, afirma-se a tese de que aquela norma tem plena eficácia, porque interfere com a estrutura e o conceito da propriedade, valendo como regra que fundamenta um novo regime jurídico desta, transformando-a numa instituição de Direito Público, especialmente, ainda que nem a doutrina nem a jurisprudência tenham percebido o seu alcance, nem lhe dado aplicação adequada, como se nada tivesse mudado. (SILVA, 2007, p. 281).

Então, pode-se afirmar que a função social determina uma limitação interna, no sentido de que legítimo será o interesse individual quando realizar o direito social,

e, não apenas quando não o exercer em prejuízo da coletividade. O princípio da função social, dessa forma, impõe ao proprietário (ou a quem for exercer o direito de usar, gozar e dispor da propriedade) a prática de comportamentos em benefício da sociedade. Nesse sentido, o direito à propriedade deve ser exercido “nos quadrantes de sua função social” (FORGIONI, 2009, p. 219).

No mesmo sentido, esclarece Eros Roberto Grau:

O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da *função social da propriedade* impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de *exercê-lo* em benefício de outrem e não, apenas, de *não o exercer* em prejuízo de outrem. Isso significa que a *função social da propriedade* atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de *fazer*, portanto, e não, meramente, de *não fazer* – ao detentor do poder de que deflui da propriedade. (GRAU, 2008, p. 246).

Assim, salta aos olhos a ideia de que o direito fundamental da propriedade tem que servir como instrumento para a efetivação de um desejo coletivo. Para o Estado Democrático de Direito brasileiro, interessa que o proprietário atue contribuindo para a dignidade de todos.

Conforme entende Pietro Perlingieri:

Também para o proprietário, a função social assume uma valência de princípio geral. A autonomia não é livre arbítrio: os atos e atividades não somente não podem perseguir fins antissociais ou não-sociais, mas, para terem reconhecimento jurídico, devem ser avaliáveis como conformes à razão pela qual o direito de propriedade foi garantido e reconhecido. Assim, a atividade de gozo e de disposição do proprietário não pode ser exercida em contraste com a utilidade social ou de modo a provocar danos à segurança, à liberdade, à dignidade humana. (PERLINGIERI, 2007, p. 228).

Diante disso, o Estado, ao mesmo tempo em que garante ao proprietário a utilização da propriedade privada, exige que seja cumprida a sua função social. Então, a legitimidade do uso da propriedade está condicionada ao cumprimento de sua função social. Mais ainda, como princípio da ordem econômica, tem como objetivo assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Sobre o sentido harmônico entre o direito da propriedade e o princípio da função social, esclarece Paulo Luiz Netto Lôbo:

A função social é incompatível com a noção de direito absoluto, oponível a todos, em que se admite apenas a limitação externa, negativa. A função social importa limitação interna, positiva, condicionando o exercício e o próprio direito. Lícito é o interesse individual quando realiza, igualmente, o interesse social. O exercício do direito individual da propriedade deve ser feito no sentido da utilidade, não somente para si, mas para todos. Daí ser incompatível com a inércia, com a inutilidade, com a especulação. (LÔBO, 2003, p. 212)

Dissertando sobre o tema, Ana Frazão de Azevedo Lopes professa que “a função social estaria atendida quando o titular da propriedade cumprisse o seu dever de empregar produtivamente a sua riqueza de forma a manter e aumentar a interdependência social” (LOPES, 2006, p. 112). Ainda segundo essa autora, a função social ressalta “o papel da propriedade como instrumento de assegurar a liberdade não apenas do titular, mas de todos os membros da sociedade” (LOPES, 2006, p. 113).

Ademais, a função social da propriedade, como princípio geral da atividade econômica, determina que o proprietário (ou o titular do poder de controle sobre a propriedade) tenha, ao mesmo tempo, um direito e uma função (poder-dever), para buscar o bem da coletividade, como, por exemplo, o pleno emprego. Nesse sentido: “a propriedade dotada de função social obriga o proprietário ou o titular do poder de controle sobre ela ao exercício desse direito-função (poder-dever), até para que se esteja a realizar o pleno emprego” (GRAU, 2008, p. 254).

Nesse sentido, conclui Pietro Perlingieri que “a ausência de atuação da função social, portanto, faz com que falte a razão da garantia e do reconhecimento do direito de propriedade” (PERLINGIERI, 2007, p. 229). Com efeito, pode-se afirmar que, “sem dúvida alguma, o instituto civil que mais se ligou à expressão função social no Direito Constitucional brasileiro foi a propriedade” (GAMA; CIDAD, 2008, p. 33).

Destaque-se que, ao falar de função social da propriedade, não se pode vincular a palavra “social” a ideais socialistas. Nesse sentido, as palavras de Giselda Hironaka: “não se trata, sem sombra de dúvida, de se estar caminhando no sentido de transformar a propriedade em patrimônio coletivo da humanidade, mas tão apenas de subordinar a propriedade privada aos interesses sociais” (HIRONAKA, 2000, p. 105).

Não se pretende transformar os bens que envolvem a empresa em patrimônio coletivo, mas tão somente em subordinar a atividade empresarial aos interesses sociais.

Sobre a relação entre a função social da propriedade e a função social da empresa, Ana Frazão de Azevedo Lopes assevera:

O princípio da função social da propriedade, cuja decorrência necessária é a função social da empresa, pode ser considerado como uma forma que a Constituição encontrou de condicionar o exercício da atividade empresarial à justiça social sem ter que recorrer a nenhum compromisso previamente determinado. (LOPES, 2006, p. 279).

Importante destacar que, não só a função social da propriedade, mas todos os princípios acima expostos estão conectados à função social da empresa, tema que, em capítulo futuro, será desenvolvido com maior profundidade. Isso porque a atividade empresarial, para ser legítima, também deve cumprir relevante função social, tendo como pano de fundo a dignidade da pessoa humana.

Encerrado o estudo sobre os princípios inerentes à empresa na ordem econômica e social, conforme a Constituição da República de 1988, serão examinados, no capítulo seguinte, os elementos e as fontes da responsabilidade civil, fundamental para posterior análise das repercussões da função social da empresa sobre a vida empresarial.

4 OS ELEMENTOS E AS FONTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O homem sempre demonstrou um anseio pela busca de reparação pelos prejuízos causados em razão de um ato ou fato atribuível a outrem. O Direito, em um processo de constante evolução, criou o instituto da responsabilidade civil como principal instrumento de satisfação desta busca.

A reparação dos danos caracteriza-se por ser uma materialização da preocupação da sociedade com a busca pela justiça social, visando, na medida do possível, restabelecer o *status quo ante* da vítima. Assim, as hipóteses de reparação, bem como a própria ideia de dano, sofreram constantes mudanças ao longo da história.

Inicialmente, o ordenamento jurídico ocupava-se apenas em garantir o ressarcimento da vítima de danos materiais sofridos em razão de uma conduta lesiva atribuível a um indivíduo identificável. Hoje, a responsabilidade civil ultrapassa este limite de mera reparação patrimonial, sendo, pois, um meio de coibir condutas lesivas e impor comportamentos aos membros da sociedade.

A expansão da responsabilidade civil, como será visto, está intimamente ligada ao aumento das hipóteses de responsabilidade objetiva, ampliando-se as causas de reparação.

Para efetivamente compreender a civil, será feita uma análise deste instituto.

4.1 Conceito e elementos da responsabilidade civil

O termo responsabilidade, do ponto de vista etimológico, tem origem latina no verbo *respondere*, que significa responsabilizar-se, assegurar, assumir a consequência de algo. Na esfera jurídica, nos dizeres de César Fiúza (2007), o termo responsabilidade revela um dever, uma imposição decorrente de algum ato ou fato.

A responsabilidade civil, especificamente, decorre do princípio romano germânico *neminem laedere*, cuja tradução equivale a não lesar o outro. É, pois, um meio eficaz de imputar um dever de reparar o dano sofrido pela vítima a quem deu causa, de modo a restaurar o equilíbrio social.

Certo é que o ordenamento jurídico brasileiro impõe a todos determinados deveres a serem observados a fim de zelar por uma pacífica convivência social. A violação destes deveres configura o que se denomina ato ilícito do qual poderão decorrer danos a serem reparados.

Sérgio Cavalieri Filho (2010) demonstra a existência de duas espécies de dever jurídico: o originário, também denominado de primário, e o sucessivo, chamado ainda de secundário. Neste sentido, quando for violado um dever jurídico (dever jurídico originário) surge um novo dever imposto pela lei, o dever de reparar (dever jurídico sucessivo).

A responsabilidade civil, na medida em que representa o dever de reparar um prejuízo causado pela violação a outro dever jurídico, deve ser classificada como um dever sucessivo ou secundário.

Segundo Rui Stoco, “a responsabilidade civil traduz a obrigação da pessoa física ou jurídica ofensora de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistente de não lesionar (*neminem laedere*) implícito ou expreso na lei” (STOCO, 2004, p. 20).

Para Henocho D. Aguiar:

A responsabilidade, que é consequência da imputabilidade, consiste na obrigação de reparar o prejuízo resultante de um fato do qual somos autores diretos ou indiretos, por tê-lo realizado contra o dever que temos de não prejudicar injustamente a outro, já que na rodem civil, não somente se responde pelas consequências prejudiciais do fato próprio, mas também pelo das pessoas que estão sob nossa dependência, e até pelo fato das coisas das quais no servimos ou temos em nossa guarda ou cuidado. (AGUIAR, 1950, p. 207, tradução nossa)⁸.

O artigo 927 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2009) prevê: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186⁹ e 187¹⁰), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. O

⁸ *La responsabilidad, que es la consecuencia de la imputabilidad, consiste en la obligación de reparar el perjuicio resultante de un hecho del cual somos autores directos o indirectos, por haberlo realizado en contra del deber que tenemos de no perjudicar injustamente a otro, ya que en el orden civil no solamente se responde por las consecuencias perjudiciales del hecho propio, sino también por el de las personas que están bajo nuestra dependencia, y hasta por el hecho de las cosas de que nos servimos o tenemos a nuestra guarda o cuidado.*

⁹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹⁰ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

legislador, assim, reconhece que a prática de ato ilícito corresponde à violação a um dever jurídico originário (obrigação) e gera uma nova obrigação, a de indenizar (responsabilidade civil).

Importante ressaltar que o ato ilícito não é a única fonte de responsabilidade, sendo múltiplas as causas jurídicas que podem gerar a obrigação de reparar. Tratando-se de obrigação derivada da própria Lei, está-se diante do que se denomina responsabilidade extracontratual ou responsabilidade aquiliana. Por outro lado, se a obrigação é pactuada através de um contrato, fala-se em responsabilidade contratual, sendo o dever de indenizar decorrente do inadimplemento.

Inobstante esta dicotomia, muitas das disposições do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2009) aplicam-se tanto à responsabilidade contratual quanto à extracontratual, eis que do ponto de vista prático em nada acrescenta.

Em regra, haverá o dever de indenizar sempre que houver uma conduta voluntária ou culposa que cause um prejuízo a outrem, seja de ordem material ou moral. A exceção a esta regra está contida no art. 188 do Código Civil de 2002¹¹ (BRASIL, 2009), com as chamadas excludentes de responsabilidade, sendo elas: a legítima defesa¹², o exercício regular de direito¹³ e o estado de necessidade¹⁴.

O que de fato importa na análise de responsabilidade civil, a partir das modernas teorias que tratam sobre o tema, é o seu fundamento maior; o seu núcleo. Certo é que, ao longo dos tempos, a responsabilidade civil evoluiu por causa da mudança do próprio contexto histórico no qual os indivíduos estavam inseridos.

¹¹ Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

¹² O conceito de legítima defesa não foi tratado pelo diploma civil, devendo ser extraído do art. 25 do Código Penal: “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

¹³ “A excludente exercício regular de um direito encontra fundamento moral no princípio de que quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém, isto porque a noção de ato ilícito pressupõe um procedimento antijurídico, ou a contravenção a uma norma de conduta preexistente” (BERNARDES, 2012, p. 132)

¹⁴ Art. 24 do Código Penal: Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

4.2 Evolução teórica

Nos primórdios da civilização, a reparação pautava-se na ideia de vingança. Como sabido, a Lei de Talião determinava reação proporcional ao dano: olho por olho, dente por dente. A Lei de Talião foi adotada no Código de Hamurabi (Babilônia), o qual previa a punição do dano, submetendo o ofensor a um sofrimento igual ou semelhante ao do ofendido. A Lei de Talião também foi adotada no Êxodo (Hebreus) e na Lei das XII Tábuas (Romanos).

No Direito Romano surgiram as bases do princípio geral da reparação, precisamente na *Lex Aquilia* que instituiu a fonte da concepção moderna de culpa e construiu uma responsabilidade extracontratual com fundamento no *damnum injuria datum* (dano produzido pela injúria). A injúria, na referida época, representava tudo que fosse feito sem respaldo em um direito.

Assim, a *Lex Aquilia* foi um grande divisor de águas da responsabilidade civil, pois possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter uma penalidade pecuniária de quem tivesse destruído ou deteriorado seu patrimônio. Logo, com os romanos surgiu a ideia de reparação patrimonial do dano.

Ao que se refere à responsabilidade objetiva, muito embora já houvesse traços mínimos desta modalidade, a mesma não era expressamente conhecida:

O Direito Romano conheceu a responsabilidade objetiva, vale dizer, a reparação civil independentemente da apreciação dos fatos subjetivos do agente, sem, contudo, apresentar um critério lógico ou sistemático que a regulasse. Por essa razão, em Roma, tal responsabilidade aparece disciplinada em fragmentos dispersos dos corpos jurídicos, mormente das Instituições Justinianas e do Digesto, sem qualquer sistematização. (PAULA, 2007, p.10).

O Código Napoleônico¹⁵ foi a mais inspiradora fonte da Teoria da Responsabilidade Civil Moderna, fundando-a na culpa. Esta Teoria Subjetiva prevaleceu até os fins do século XIX, quando, em razão de novas demandas sociais, desenvolveu-se a ideia de responsabilização independente da culpa, a chamada Teoria Objetiva.

¹⁵ Código Civil Francês de 1804.

De fato, ao estabelecer a normal geral de que qualquer ato do homem, desde que decorrente de sua falta (traduzida juridicamente como culpa), o obriga a uma medida reparadora, o Código Civil Francês inaugura o chamado dogma da culpa, segundo o qual “não há responsabilidade sem culpa” (BERNARDES, 2012, p. 21)

No Brasil, o primeiro diploma a regular a reparação de danos foi o Código Criminal de 1830¹⁶, com a previsão de que a indenização só seria devida após a condenação do infrator por sentença criminal transitada em julgado.

A ação civil reparatória somente ganhou autonomia em relação à condenação criminal com a reforma do Código de Processo Criminal, realizada em 1841 (BERNARDES, 2012).

Já o Código Civil de 1916 regulou a matéria atinente à responsabilidade civil de forma mais detalhada, mas ressaltando igualmente a ideia da culpa como sustentáculo para reparação civil.

Conforme já exposto, por muito tempo a doutrina utilizava como fundamento para a responsabilidade civil a culpa do ofensor, sendo, esta, pois, o requisito básico para justificar a existência do dever de indenizar. Este pensamento, próprio de uma corrente subjetivista, refletia um momento histórico no qual a liberdade era o princípio norteador do Estado.

Esta concepção de responsabilidade civil mostrava-se injusta uma vez que não abarcava todas as situações cotidianas em que se verificavam danos ao indivíduo. Certo é que muitas vezes, sendo desconhecida a culpa, um determinado fato danoso era tido como mera fatalidade, restando à vítima arcar com os próprios prejuízos.

Com as mudanças sociais decorrentes da Revolução Industrial, a partir da segunda metade do século XIX, agravaram-se os riscos aos quais a sociedade estava submetida, o que gerou um aumento das demandas visando a reparação dos danos. Os fundamentos nos riscos das atividades decorrentes do progresso fundamentavam muitos dos pleitos, o que levou os juristas a defenderem algumas

¹⁶ Art. 31 do Código Criminal de 1830: A satisfação não terá lugar antes da condenação do delinquente por sentença em juízo criminal, passada em julgado. Exceptua-se:

1º O caso de ausencia do delinquente, em que se poderá demandar, e haver a satisfação por meio de acção civil.

2º O caso, em que o delinquente tiver fallecido depois da pronuncia, no qual poderá haver-se dos herdeiros a satisfação por meio de acção civil.

3º O caso, em que o offendido preferir usar da acção civil contra o delinquente.

teses de objetivação da responsabilidade, pautando-se, em especial, na teoria do risco.

Este novo enfoque da responsabilidade civil precisou de tempo para se consolidar, iniciando-se este processo com a amenização das provas exigidas para a caracterização da culpa, evoluindo para a chamada culpa presumida, até, enfim, admitir-se a responsabilidade sem culpa.

Na França, no século XIX, surgiu a teoria do risco¹⁷ com o intuito de minimizar as injustiças decorrentes da necessidade da apuração de culpa, que muitas vezes não era possível. Por esta teoria, às atividades tidas como perigosas estava inerente o risco, devendo somente aqueles que se beneficiassem com estas atividades, arcar com todos os prejuízos delas decorrentes, ainda que não tivessem concorrido com culpa para a configuração do evento danoso. Neste sentido posicionou-se José Cretella Junior (1991):

A culpa é vinculada ao homem, o risco é ligado ao serviço, à empresa, à coisa, ao aparelhamento. A culpa é pessoal, subjetiva; pressupõe o complexo de operações de espírito humano, de ações e reações, de iniciativas e inibições, de providências e inércias. O risco ultrapassa o círculo das possibilidades humanas para filiar-se ao engenho, à máquina, à coisa, pelo caráter impessoal e o objetivo que o caracteriza. (CRETELLA JUNIOR, 1991, p. 1019)

Conforme entende Caio Mário da Silva Pereira, de acordo a teoria do risco “todo aquele que disponha de um conforto oferecido pelo progresso ou que realize um empreendimento portador de utilidade ou prazer, deve suportar os riscos a que exponha os outros” (PEREIRA, 2010, p.568).

Diversas correntes sucederam, sendo modalidades de risco: risco proveito, risco profissional, risco excepcional, risco criado e risco integral.

A teoria do risco proveito postula que o fundamento da responsabilidade é a ideia de que o dano deve ser reparado por aquele que se beneficia de alguma forma do fato lesivo, cabendo à vítima o ônus de provar a existência deste proveito.

Pela teoria do risco profissional, o dever de indenizar decorre do dano advindo da atividade profissional do lesado, como é o caso das indenizações fundadas em acidentes de trabalho. Este foi um grande avanço para a aplicabilidade

¹⁷ Raymond Saleilles e Loius Josserand são os precursores desta teoria (DIAS, 2006, p. 72).

da responsabilidade objetiva, em especial, na seara trabalhista, haja vista que a exigência da comprovação da culpa acaba por impossibilitar o êxito das ações movidas pelos reclamantes que, em razão do desequilíbrio econômico, encontravam muitas dificuldades em colher provas a seu favor, no ambiente de trabalho.

Outra teoria criada, a do risco excepcional, defendia que a reparação é devida por existir uma situação excepcional de risco à qual estão expostos os indivíduos, tal como os casos de exploração de materiais radioativos ou redes elétricas de alta tensão.

A teoria do risco criado, por sua vez, seria uma espécie de ampliação da teoria do risco proveito, na medida em que postula, segundo seu adepto Caio Mário da Silva Pereira (1992, p. 24), que todos que criam um perigo, em razão de sua atividade ou profissão, devem estar sujeitos à reparação de eventuais danos, salvo se comprovarem que adotaram todas as medidas possíveis para evitá-los. Assim, não se subordina a indenização à existência de uma vantagem, mas apenas à existência de um prejuízo causado por uma atividade ou profissão.

Por fim, a teoria do risco integral prevê que o dever de indenizar surge até mesmo se não comprovado o nexo causal, surgindo a responsabilidade civil tão somente da existência do dano. Por demonstrar uma posição radical, eis que em todos os outros casos a relação de causalidade entre o fato/ato e o dano é indispensável, ainda que não se apure a culpa do agente, o ordenamento brasileiro somente adotou esta teoria em situações excepcionais, como é caso de danos ambientais (art. 14, §1º, da Lei nº 6.938 que trata da Política Nacional do Meio Ambiente)¹⁸.

¹⁸ Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

I - à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTNs, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios.

II - à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público;

III - à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;

IV - à suspensão de sua atividade.

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Apesar de ser exemplo de diploma legal que ampliou de forma considerável as hipóteses de configuração de responsabilidade objetiva, o Código Civil de 2002 manteve a responsabilidade subjetiva como regra geral, definindo as hipóteses em que a culpa não será considerada para fins de reparação.

Caio Mário da Silva Pereira assim reconhece:

Não obstante o grande entusiasmo que a teoria do risco despertou nos meios doutrinários, o certo é que não chegou a substituir a da culpa nos sistemas jurídicos de maior expressão. O que se observa é a convivência de ambas: a teoria da culpa impera como direito comum ou a regra geral básica da responsabilidade civil e a teoria do risco ocupa os espaços excedentes nos casos e situações que lhe são reservados. (PEREIRA, 1992, p. 266).

Hoje, apesar dos postulados das duas correntes de responsabilidade civil, a subjetiva e a objetiva, o Direito moderno caminha de forma evolutiva, buscando afastar as injustiças e promover um equilíbrio social a partir da reparação de danos.

A vítima do dano e não mais o seu causador, passa a ser o foco central da responsabilidade civil.

Esta nova visão justifica a aplicação, por exemplo, da chamada socialização dos riscos, em que toda a coletividade é vista como vítima de determinado dano, justificando assim indenizações coletivas.

Há que se avaliar se os resultados de determinada atividade atenderam às legítimas expectativas da sociedade. Inclusive para fins de se determinar uma eventual obrigação de indenização, independentemente da avaliação da conduta dos supostos infratores. Abandona-se o parâmetro da legítima expectativa de comportamento, em prol da legítima expectativa de resultados. (BERNARDES, 2012, p. 185).

A Constituição da República de 1988 e a legislação infraconstitucional têm como foco a dignidade da pessoa humana, sendo o princípio da reparação integral dos danos, instrumento de concretização da luta pelos direitos do indivíduo. Como restará demonstrado neste estudo, o núcleo atual da responsabilidade civil não é mais o elemento culpa, mas sim o dano, o qual, uma vez configurado, faz nascer o dever de reparação.

Igualmente a ideia de dano sofre uma evolução: o prejuízo não é analisado de forma isolada, considerando apenas os prejuízos individuais do cidadão. Hoje, a

legislação pauta-se no conceito de solidariedade social, o que dá margem ao reconhecimento do dano coletivo.

Este breve apanhado da evolução histórica da responsabilidade civil demonstra o avanço do Direito de forma a resguardar os anseios sociais, passando, a cada dia, a se reconhecer novas hipóteses de reparação, considerando-se o real objetivo do instituto: garantia de justiça social.

4.3 Fontes da responsabilidade civil

A evolução histórica acima narrada tem impacto direto no reconhecimento das fontes da responsabilidade civil.

Nos primórdios históricos, somente as condutas causadoras de danos patrimoniais, expressamente reconhecidas pelas leis, eram fontes de responsabilidade civil. Com os processos históricos do instituto jurídico, novas fontes surgiram, de forma a garantir a satisfação dos anseios sociais.

4.3.1 Ato lícito

O ato ilícito caracteriza-se por decorrer de uma conduta (ação ou omissão) voluntária e antijurídica, isto é, contrária ao direito. Importante frisar que não se trata de um ato inválido, mas sim de um ato perfeitamente válido que gera efeitos no ordenamento jurídico passível de impor ao seu agente o dever de reparar.

O direito romano não desenvolveu uma noção abstrata de ato ilícito. Reconheciam-se certos ilícitos típicos que sujeitavam quem os praticou a uma pena civil cominada. Assim, a responsabilidade decorrente da observância destes ilícitos típicos era denominada responsabilidade *ex delicto*. Contudo, estas figuras típicas romanas não continham todas as hipóteses de danos reparáveis, razão pela qual foi necessário criar um fundamento jurídico para o dever de reparação. Assim, surge o dever de indenizar em situações que eram consideradas quase delitos (*quasi ex delicto*), ampliando-se, portanto, o rol de situações danosas passíveis de indenização.

Posteriormente, a doutrina criou a figura abstrata do ato ilícito. No ordenamento brasileiro, há uma cláusula geral de ilicitude, verdadeira regra de configuração de ato ilícito gerador de responsabilidade na esfera cível, prevista no art. 186 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2009): “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira (2010) os requisitos legais de configuração do ilícito compreendem tanto o ilícito penal como o civil, não havendo diferença ontológica entre eles, porque em ambos há a infração de um dever preexistente e a imputação de um resultado à consciência do agente. Logo, para o referido autor, a diferença entre ilícito penal e ilícito civil estaria na natureza do bem ofendido e nos efeitos do ato, eis que para o direito penal, o delito é um fato de desequilíbrio social, que justifica a repressão como meio de restabelecimento. Para o direito civil, o ilícito é um atentado contra o interesse privado de outrem, sendo a reparação do dano sofrido uma de restauração do equilíbrio rompido (PEREIRA, 2010, p. 560).

A esse respeito, Caio Mário da Silva Pereira conclui: “enquanto o direito penal vê no ilícito a razão de punir do agente, o direito civil nele enxerga o fundamento da reparação do dano” (PEREIRA, 2010, p. 561). Ademais, “o mecanismo específico de eficácia do Direito Penal – diferentemente do Direito Administrativo ou Civil – consiste em estabelecer custos muito superiores aos benefícios do delito” (FISCHER, 2006, p. 157).

Vale frisar: “não existe diferença ontológica entre crime (ilícito penal) e ilícito civil, pois ambos ferem o ordenamento jurídico. A única diferença entre o ilícito penal e o ilícito civil é meramente formal, ou seja, aquela estabelecida pela lei penal” (MIRABETE, 2001, p. 99).

Então, para o Direito, “o ilícito é uno, e o que o caracteriza são os resultados que dele emergem (civis, penais ou ambos), dependendo da repressão específica que determinado ramo do Direito a ele reservou, separada ou cumulativamente” (FELIPETO, 2001, p. 38).

Do art. 186 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2009), pode-se auferir que além da antijuridicidade, a conduta - voluntária e culpável - é elemento do ato ilícito.

A questão da culpabilidade, no âmbito cível, não se apega a distinção entre dolo e culpa (*stricto sensu*). De acordo com César Fiúza:

A verdade, porém, é que, como regra, ao Direito Civil não interessa se o autor do ato ilícito agiu com culpa ou dolo. As conseqüências serão as mesmas, sejam elas quais forem, ou seja, indenização dos prejuízos, anulação do ato, perda de direito, etc. (FIÚZA, 2007, p. 256).

Por isso, no âmbito cível, “quando se enumera os elementos do ato ilícito fala-se apenas em culpa, omitindo-se o dolo” (FIÚZA, 2007, p. 256). No âmbito penal adquire especial importância a verificação da existência de dolo ou de culpa, pois, conforme o parágrafo único do art. 18 do CP, “salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente” (BRASIL, 2013). Ademais, conforme art. 18, incisos I e II, do CP, restará configurada a culpa quando o agente não quis praticar o resultado, mas deu causa por negligência, imprudência ou imperícia e estará configurado o dolo quando o agente quis o resultado ou quando assumir o risco de produzi-lo.

A culpa, durante grande parte da história, foi o núcleo do instituto da responsabilidade civil, havendo, com a evolução histórica do direito, uma ampliação das hipóteses passíveis de reparação, admitindo-se a configuração deste dever, ainda que não demonstrada efetivamente a culpa do agente, como é o caso da chamada responsabilidade objetiva.

Henoch D. Aguiar assim define culpa:

O conceito de culpa, tomado este vocábulo em sentido lato, genérico e abrangente, envolve a ideia de toda falta a um dever jurídico, falta que consiste em primeiro plano, em um agir sem direito - *sine iure* - em segundo, contra o direito alheio - contra *ius*, *iniuria* - e, em terceiro, em proceder assim com pleno conhecimento das conseqüências prejudiciais de nossa agir ou em razão de não tê-lo previsto, quando poderíamos ter previsto com uma maior atenção e diligência ao realizar o ato (AGUIAR, 1950, p. 254, tradução nossa)¹⁹.

¹⁹ *El concepto de culpa, tomado este vocablo em um sentido lato, genérico y comprensivo, envuelve la idea de toda falta a um deber jurídico, falta que consiste em primer término, em um obrar sin derecho – sine iure – em segundo, em contra del derecho ajeno – contra ius, iniuria – y, em tercero, em proceder así com pleno conocimiento de lãs consecuencias perjudiciales de nuestro obrar o em razón de no haberlas previsto, cuando lãs pudimos rever cin uma mayor atención y diligencia que hubiésemos puesto a realizar e lacto.*

Em sentido similar, a respeito da culpa, as palavras de Chironi:

Quando o ato, enquanto prejudicial, e por ser assim, não foi intencional por parte do agente, ou bem, se foi intencional o ato, não prejudicial por si, e não eram desejadas as consequências, posto que não previstas, ou bem, ainda que previstas, aparentemente impossível de se determinar, se dirá que o agente cai em culpa, que a ação é culposa. (CHIRONI, 1907, p. 16-17, tradução nossa)²⁰.

Além da conduta voluntária e culposa do agente, outro elemento essencial para a configuração de ato ilícito é o dano (*eventus damni*) caracterizando-se com uma expressão material do prejuízo sofrido em razão da conduta praticada, seja de ordem física, patrimonial ou moral.

Como não há que se falar em responsabilidade sem danos, pode-se afirmar que “o dano é elemento constitutivo e delimitador da responsabilidade civil” (FROTA, 2008, p. 173).

Outro ponto a ser analisado é a relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano causado, o chamado nexa causal ou nexa de causalidade. Não sendo possível identificar o nexa de causalidade entre a conduta praticada e os danos causados, não há que se falar em responsabilidade.

Existem duas teorias que visam definir os efeitos do nexa causal na apuração da responsabilidade civil.

A teoria da responsabilidade da equivalência dos antecedentes, criada por Von Buri a partir das ideias de Stuart Mill, imputa a mesma relevância a todas as condições que concorreram para o resultado danoso, não se questionando qual delas foi mais ou menos eficaz para a produção do dano.

Nesta teoria, prevaleceria a ideia de que toda a condição que contribuiu para o resultado constitui sua causa, de forma que ele não seria produzido se alguma das condições antecedentes não houvesse ocorrido (*conditio sine qua non*). A causa geral, portanto, insere-se em cada uma das condições antecedentes, já que, sem o concurso de todas o resultado específico em tese não se teria verificado. (BERNARDES, 2012, p. 92).

²⁰ Cuando el acto, en cuando injurioso, y por serlo, no fuere querido por el agente, o bien, si fuere querido el acto, no injurioso por sí, y no se quisieran las consecuencias, ya por no previstas, o bien aunque previstas, pareciese imposible determinarlas, se dirá que el agente cae en culpa, que la acción es culposa.

No âmbito do Direito Civil essa teoria é criticada, como lembrado por Sérgio Cavalieri Filho:

Critica-se esta teoria pelo fato de conduzir a uma exasperação da causalidade e uma regressão infinita do nexos causal. Por ela, teria que indenizar a vítima de atropelamento não só quem dirigia o veículo com imprudência, mas também quem lhe vendeu o automóvel, quem o fabricou, quem forneceu a matéria prima, etc. (CAVALIERI FILHO, 2010, p.49).

A segunda teoria, desenvolvida por Von Kries, chamada teoria da causalidade adequada, admite como causa o antecedente necessário e mais adequado à produção de um resultado. Em outras palavras, será causa de um dano aquela conduta mais determinante, isto é, mais idônea a gerar o resultado.

André José de Castro Bernardes (2012) critica esta teoria na medida em que a busca da causa mais 'adequada' dependeria de um 'juízo de probabilidade do dano, o que conferiria grande incerteza e imprecisão à aplicação da teoria da causalidade adequada. Acrescenta o referido autor que ao se eleger apenas um, fator como causa única e absoluta de um evento, estaríamos desconsiderando que pudesse haver uma concorrência de causas para a produção do evento danoso.

Em que pese a crítica apontada, no âmbito do Direito Civil brasileiro é adotada esta segunda teoria, devendo ser ressaltado o trabalho do julgador na apuração do nexos de causalidade:

Em linhas gerais, e sucintas, a teoria pode ser assim resumida: o problema da relação de causalidade é uma questão científica de probabilidade.

Dentre os antecedentes do dano, há que destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido. Praticamente, em toda a ação de indenização, o juiz tem de eliminar fatos menos indiferentes à sua efetivação. O critério eliminatório consiste em estabelecer que, mesmo na sua ausência, o prejuízo ocorreria. Após este processo de expurgo, resta algum que, no curso normal das coisas, provoca um dano dessa natureza.

Em conseqüência, a doutrina que se constrói neste processo técnico se diz causalidade adequada, porque faz salientar, na multiplicidade de fatores, aquele que normalmente pode ser o centro do nexos de causalidade. (PEREIRA, 1992, p. 79).

No Direito Penal a relação de causalidade está descrita no art. 13 do CP, *verbis*: "O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado

não teria ocorrido” (BRASIL, 2013). Essa relação de causalidade deve ser analisada tendo como pano de fundo as causas que rompem o nexos causal: ausência de dolo e culpa, superveniência de causa independente e causas absolutamente independentes. Por óbvio, não se admite uma regressão infinita do nexos causal, sob pena de, *verbi gratia*, se responsabilizar o fabricante de uma faca utilizada como instrumento para um homicídio.

Importante frisar que mesmo nas hipóteses de responsabilidade objetiva (não aplicáveis no Direito Penal), em que não se exige a demonstração da culpa, é imprescindível provar que o dano decorreu da conduta praticada, não podendo ser dispensada a comprovação do nexos de causalidade.

De fato, observados o conceito e seus elementos, o ato ilícito *stricto sensu* é a principal fonte de responsabilidade civil.

4.3.2 Abuso de Direito

De acordo com César Fiúza, “o abuso de direito ocorre, quando uma pessoa, ao exercer o direito legítimo, excede os limites impostos por seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (FIÚZA, 2007, p. 257). Portanto, “o abuso foi definido como o excesso no exercício do direito” (FRAZÃO, 2011, p. 223).

Ademais, “por meio do princípio da repressão ao abuso de direito, cria-se mais uma possibilidade de se determinar a reparação de danos, além das hipóteses em que o ordenamento jurídico é diretamente violado” (MARGONI; GUERREIRO, 2013, p. 482).

“O fundamento principal do abuso do direito é impedir que o direito sirva como forma de opressão, evitar que o titular utilize seu poder com finalidade distinta daquela a que se destina” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 161).

O art. 187 do Código Civil de 2002²¹ (BRASIL, 2009) prevê, expressamente, o abuso de direito como espécie de ato ilícito e, portanto, fonte de responsabilidade

²¹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

civil. César Fiúza denomina o abuso de direito como “ato ilícito funcional, diferenciando-o do ato ilícito intrinsecamente, o qual é um ato antijurídico em sua essência” (FIÚZA, 2007, p. 257). Para esse autor, o ato intrinsecamente ilícito, ainda que derive de um exercício regular de um direito, é considerado antijurídico quando ultrapassa os limites formais deste direito. Lado outro, a ilicitude do abuso de direito não está em sua forma, a qual é perfeita e legítima, mas sim na medida em que são violados os limites valorativos do ato impostos pelos costumes, pela boa-fé ou pela lei.

Ainda segundo César Fiúza (2007), uma boa forma de ilustrar esta diferença seria o exemplo a seguir mencionado: a princípio, dirigir em alta velocidade não é um abuso de direito, mas sim um ato intrinsecamente ilícito, pois ninguém tem o direito de dirigir acima da velocidade razoável. Mas, se uma pessoa dirige em velocidade extremamente baixa para prejudicar o trânsito, porém dentro da velocidade permitida, configurado está um ilícito funcional, isto é, um abuso de direito.

Importante frisar que, muitas vezes, é essencial provar a má-fé do autor de um ato abusivo, porém, a má-fé não é requisito essencial para a configuração do abuso de direito. Basta, em alguns casos, que se comprove que foram excedidos os limites econômicos ou sociais do direito. Nesse sentido, os dizeres de Caio Mário da Silva Pereira:

O propósito de causar dano não requer apuração de intenção íntima do titular. Induz-se o abuso da circunstância de se servir dele o titular, excedendo manifestamente o seu fim econômico ou social, ou atentando contra a boa-fé ou os bons costumes. (PEREIRA, 2010, p.578)

Com efeito,

A consagração do abuso de direito, no contexto das demais cláusulas gerais previstas pelo novo Código Civil, alia-se perfeitamente à tendência atual do direito comparado de compreender a responsabilidade civil como instrumento de composição e balanceamento de interesses conflitantes. (FRAZÃO, 2011, p. 223).

A respeito da expressão “abuso de direito”, importante destacar que a expressão “abuso de direito” configura “verdadeira antítese lógica, uma vez que o

direito deve cessar na exata medida em que começa o abuso”. (MARGONI; GUERREIRO, 2013, p. 482).

Dessa forma, em caso de abuso de direito, o responsável deverá reparar os danos causados. Nesse sentido, as palavras de Anna Beatriz Alves Margoni e Carolina Dias Tavares Guerreiro: “o titular de um direito, se exercitá-lo de maneira abusiva, pode vir a ser responsabilizado por eventuais danos que sua conduta causar a outrem” (MARGONI; GUERREIRO, 2013, p. 481).

Cabe, assim, ao operador do direito, no caso concreto, demonstrar a comprovação desta violação abusiva, a fim de pleitear a reparação civil pelo dano causado.

4.3.3 *Ilícito contratual ou inadimplemento*

A responsabilidade civil contratual tem como origem o chamado ilícito contratual ou inadimplemento, consistindo este no descumprimento de obrigação assumida pela vontade das partes, quer seja quanto a um negócio jurídico bilateral ou unilateral.

Contrato, conforme ensina Orlando Gomes, “é todo acordo de vontades destinado a constituir uma relação jurídica de natureza patrimonial e eficácia obrigacional” (GOMES, 1998, p. 12).

Em regra, o simples inadimplemento gera a obrigação de reparar, havendo o que se chama de culpa presumida, que não se confunde com responsabilidade objetiva, pois esta prescinde da comprovação da culpa.

Quando se fala em culpa presumida, há uma inversão do ônus da prova. Neste sentido, alegando-se o inadimplemento ou mora do devedor, caberá a este provar a inexistência de sua culpa ou a presença de qualquer excludente do dever de indenizar, como por exemplo, caso fortuito ou força maior.

A responsabilidade contratual funda-se na existência de um contrato, sendo a obrigação violada aquela decorrente deste instrumento celebrado, diferenciando-se, portanto, da responsabilidade extracontratual, também chamada de aquiliana, a qual resulta de inadimplemento normativo, ou seja, da prática de um ato ilícito ou da violação de um dever fundado em algum princípio geral de direito.

4.3.4 Sentença criminal

Uma infração penal reconhecida por sentença criminal transitada em julgado pode ser igualmente fonte de responsabilidade civil.

A lesão gerada por uma infração penal pode atingir a coletividade sem uma completa individualização da vítima, como pode também causar dano a uma determinada pessoa.

A esse respeito, convém exemplificar com a diferença entre o crime de estelionato (art. 171 do CP)²² e o crime do art. 2º, inc. IX, da Lei 1.521/51 (Lei dos crimes contra a economia popular)²³: no primeiro a vítima é determinada, no último a conduta é praticada contra um número indeterminado de pessoas, sem vítima individualizada.

Quando a vítima puder ser particularizada, a conduta criminal ensejará a ação civil *ex delicto*, uma intervenção judicial além da esfera penal. Nesse caso,

quando a repercussão da infração houver de atingir também o campo da responsabilidade civil, terá lugar a chamada ação civil *ex delicto*, que outra coisa não é senão o procedimento judicial voltado à recomposição do dano civil causado pelo crime. (OLIVEIRA, 2013, p. 181).

A sentença penal condenatória possui diversos efeitos enumerados pela legislação, dentre eles os denominados efeitos extrapenais, os quais se dividem em efeitos genéricos (aqueles que, preenchidos os seus requisitos, serão produzidos automaticamente pela decisão condenatória transitada em julgado) e os efeitos específicos (devem ser justificados de forma fundamentada, conforme o caso, na sentença).

²² Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

²³ Art. 2º. São crimes desta natureza:

IX - obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante especulações ou processos fraudulentos ("bola de neve", "cadeias", "pichardismo" e quaisquer outros equivalentes);

Luiz Regis Prado entende que os efeitos extrapenais genéricos “são automáticos, ou seja, independem de qualquer declaração expressa do ato decisório” (PRADO, 2007, p. 687).

O art. 91, I, do Código Penal²⁴ (BRASIL, 2013) prevê um dos efeitos extrapenais genéricos da condenação criminal, qual seja, tornar certa a obrigação de indenizar o dano.

Em que pese ser o dever de reparar um dos efeitos – automáticos – da sentença criminal, a responsabilidade nas esferas cível e penal deve ser apurada de forma autônoma, tendo em vista as particularidades de cada ramo do direito.

O artigo 935 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2013) prevê que “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”. Para Eugênio Pacelli de Oliveira, a sentença penal transitada em julgado será uma “decisão com eficácia preclusiva subordinante” (OLIVEIRA, 2013, p. 187), porque impede a reabertura da discussão em qualquer outro processo, privilegiando a unidade da jurisdição.

Assim, não obstante a independência das esferas penal e civil, a sentença criminal que absolve o réu por inexistência de crime ou por não ser ele o autor, vincula a esfera cível quanto à impossibilidade de atribuir responsabilidade. Este vínculo decorre do princípio da unidade de jurisdição. A esse respeito, as palavras de Silvio de Salvo Venosa:

Nosso ordenamento adota a independência de jurisdições, com a ação civil e a ação penal autônomas, com certa mitigação, porque subsiste relacionamento entre ambas as esferas. A jurisdição, como função decorrente da soberania, é uma só. A divisão em justiça civil e penal dá-se mais por facilidade de organização, para tornar mais simples o seu exercício. Sob o prisma da soberania a jurisdição é uma e indivisível. A administração da justiça e a jurisdição do Estado entre nós são unas, decorrentes da soberania e exercício do poder. Como regra, a administração da justiça deve zelar para que não coexistam decisões contraditórias ou antagônicas. (VENOSA, 2004, p. 162).

O art. 65 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2013)²⁵ prevê que faz coisa julgada no âmbito cível a sentença penal que reconhecer a existência de uma

²⁴ Art. 91 - São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

das excludentes da ilicitude, como a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal, o exercício regular de direito e o estado de necessidade, valendo-se do critério de suficiência probatória. Todavia, no âmbito cível, embora não se possa reabrir a discussão acerca destas excludentes, há casos em que o dever de reparar persistirá tal como ocorre nas situações descritas nos arts. 929²⁶ e 930²⁷ do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2009).

Ainda no tocante à repercussão da sentença criminal na esfera civil, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu como exceção à impenhorabilidade do bem de família, a execução de sentença civil condenatória decorrente de prática de ato ilícito, desde que o réu tenha sido condenado pelo mesmo fato na esfera penal:

PROCESSO CIVIL. DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL CIVIL DECORRENTE DA PRÁTICA DE ATO ILÍCITO. COEXISTÊNCIA COM SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA COM O MESMO FUNDAMENTO DE FATO. PENHORA DE BEM DE FAMÍLIA. APLICAÇÃO DA LEI n. 8.009/1990. EXCEÇÕES PREVISTAS NO ART. 3º. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE VIOLAÇÃO AO DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO STF. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. 1. É defeso a esta Corte apreciar alegação de violação a dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. 2. Não ocorre violação ao art. 535 do Código de Processo Civil quando o juízo, embora de forma sucinta, aprecia fundamentadamente todas as questões relevantes ao deslinde do feito, apenas adotando fundamentos divergentes da pretensão do recorrente. Precedentes. 3. O art. 3º, VI, da Lei n. 8.009/1990 expressamente afastou a impenhorabilidade quando o bem imóvel é adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens, sendo certo que, por ostentar a legislação atinente ao bem de família natureza excepcional, é insuscetível de interpretação extensiva. 4. De fato, o caráter protetivo da Lei n. 8.009/1990 impõe sejam as exceções nela previstas interpretadas estritamente. Nesse sentido, a ressalva contida no inciso VI do seu artigo 3º encarta a execução de sentença penal condenatória - ação civil *ex delicto* -; não alcançando a sentença cível de indenização, salvo se, verificada a coexistência dos dois tipos, for-lhes comum o fundamento de fato, exatamente o que ocorre nestes autos. Precedente. 5. Recurso especial não provido. (REsp 1.021.440-SP, 4ª Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 02/05/2013, DJe 20/05/2013).

²⁵ Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

²⁶ Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

²⁷ Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).

Nesse sentido, trata-se de uma exceção à impenhorabilidade do bem de família, porque é possível a penhora do bem de família, no âmbito de execução de sentença civil condenatória decorrente da prática de ato ilícito, na hipótese em que o réu também tenha sido condenado na esfera penal pelo mesmo fundamento de fato.

A Lei 11.719/08 alterou o art. 387, do Código de Processo Penal²⁸ (BRASIL, 2013), renumerando o inciso IV, de forma a incluir o dever do juiz de fixar na sentença o valor mínimo para reparação dos danos – materiais – resultantes da infração penal. Assim, a vítima ou os legitimados pelo art. 63 do CPP²⁹ (BRASIL, 2013) poderão executar no juízo cível a parcela mínima reparatória, sem prejuízo de apurar o montante efetivamente devido, caso os prejuízos da vítima ultrapassem esse valor ou em caso de busca por indenização a título de dano moral.

Vale lembrar que a sentença penal condenatória é considerada título executivo judicial, conforme art. 475-N, inciso II, do Código de Processo Civil³⁰ (BRASIL, 2009). Para tanto, o valor mínimo da reparação deve estar expresso na sentença condenatória. O caráter executivo da sentença criminal condenatória foi ressaltado por Fernando Galvão:

Na sentença penal condenatória, por força do disposto no inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, deve o magistrado fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. A previsão para a reparação dos danos deve ser entendida em sentido amplo, abrangendo também as hipóteses de indenização. Dessa forma, a decisão produzida no juízo criminal apresenta certeza e a liquidez necessária à sua pronta execução no juízo cível. (GALVÃO, 2013, p. 856).

Imperioso ressaltar que a sentença penal condenatória somente terá eficácia na esfera cível contra o réu, eis que, de acordo com o princípio da intranscendência, a pena não pode ultrapassar a pessoa do condenado (art. 5º, inc. XLV, da CR/1988).

²⁸ Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (...) IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

²⁹ Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

³⁰ Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: (...) II – a sentença penal condenatória transitada em julgado;

Caso a vítima pretenda buscar a reparação civil de terceiros obrigados a indenizar, como ocorre nas hipóteses de responsabilidade por fato de terceiros, deve ser promovida a competente ação de conhecimento denominada *actio civilis ex delicto*, abrindo-se ampla discussão acerca do fato, do dano e da responsabilidade. O mesmo ocorrerá caso a vítima queira pedir uma condenação que ultrapasse o fixado na sentença penal.

A respeito do tema, Eugênio Pacelli de Oliveira destaca:

No que diz respeito ao bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora, a lesão causada pelo crime tanto pode atingir, diretamente, a coletividade do corpo social sem a completa particularização ou personificação da vítima, tal como ocorre com o tráfico de drogas, por exemplo, como pode também afetar mais intensamente o patrimônio (moral e econômico) de determinada pessoa. Na segunda hipótese, tais condutas darão ensejo a intervenções judiciais distintas da resposta penal, diante da diversidade e pluralidade de graus de ilicitude que as acompanham. Nessas situações, quando a repercussão da infração houver de atingir também o campo da responsabilidade civil, terá lugar a chamada ação civil *ex delicto*, que outra coisa não é senão o procedimento judicial voltado à recomposição do dano civil causado pelo crime. (OLIVEIRA, 2013, p. 181)

A reparação a ser buscada na esfera cível poderá consistir tanto no ressarcimento pelos danos emergentes (efetivamente apurados) quanto pelos lucros cessantes como forma de ressarcimento do ofendido.

Vale lembrar que havendo desconstituição da sentença em ação de revisão criminal perderá a mesma seu caráter executivo ainda que já tenha sido instaurada a ação de execução fundada no art. 475-N, inciso II, do Código de Processo Civil³¹ (BRASIL, 2009).

4.3.5 Outras fontes

A obrigação de reparar, decorrente de responsabilidade aquiliana ou extracontratual, não advém apenas da prática de ato ilícito ou de condenação criminal transitada em julgado. Maria Helena Diniz enumera algumas outras fontes da responsabilidade civil:

³¹ Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: (...) II - a sentença penal condenatória transitada em julgado;

Poder-se-á definir a responsabilidade civil como aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva) ou ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva). (DINIZ, 2007, p. 37).

A própria lei, em certas situações, reconhece o dever de reparação quando ocorre a violação a determinados deveres especiais. Uma das hipóteses é a descrita no art. 932 do Código Civil, que estampa a denominada responsabilidade por fato de terceiro, *verbis*:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. (BRASIL, 2009).

Dessa forma, o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2009) impõe o dever de reparação dos danos àqueles que, embora não tenham concorrido para o prejuízo, possuam alguma relação especial com os agentes, sendo, pois, uma notória comprovação da evolução do instituto da responsabilidade civil.

Não visa, assim, o legislador apurar a culpa de quem causou o dano, mas sim, sanar os prejuízos da vítima. Trata-se, pois, de uma expressa hipótese de responsabilidade objetiva, como se observa pela leitura do art. 933 do Código Civil de 2002³² (BRASIL, 2009) que dispõe que, as pessoas acima enumeradas, responderão pelos atos praticados pelos terceiros referidos no art. 932 (dispositivo transcrito na página anterior), ainda que não haja culpa de sua parte.

³² Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Igual raciocínio deve-se adotar ao analisar os artigos 936³³ e 937³⁴ do Código Civil (BRASIL, 2009), que imputam responsabilidade ao indivíduo em decorrência de danos causados por coisas ou animais dos quais detenha a guarda.

A violação de deveres especiais de segurança, incolumidade ou garantia impostos pela lei àqueles que exercem atividades de risco ou utilizam coisas perigosas também deve ser considerada como fonte da obrigação de reparar.

O art. 927, parágrafo único, do Código Civil³⁵ (BRASIL, 2009), contém a previsão da responsabilidade objetiva para casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Esta previsão de responsabilidade decorrente de atividade exercida não se restringe ao diploma civil. O Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2009), em seu art. 12³⁶, também prevê a responsabilidade do fabricante, produtor, construtor e importador, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos do produto ou serviço.

Ao contrário do Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2009) prevê, em regra, a responsabilidade objetiva, sendo certo que, no caso dos profissionais liberais, preconiza a responsabilidade subjetiva, respondendo aqueles que atuam como autônomos em profissões regulamentadas, pela reparação caso configurada sua culpa para a ocorrência do evento danoso.

Outro exemplo é a reparação civil por dano ao meio ambiente. Todo prejuízo potencial ao meio ambiente pode e deve ser coibido. Assim, basta a potencialidade do dano ao meio ambiente para justificar a exigência de uma reparação por parte

³³ Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

³⁴ Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

³⁵ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

³⁶ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

daquele que lucra com a atividade causadora do risco. O objetivo do legislador é preservar o meio ambiente e não apenas buscar uma compensação para o dano causado à sociedade.

A esse respeito, a Lei 7.347/85 (BRASIL, 2009) disciplina a ação civil pública por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, possibilitando ao Ministério Público e outras entidades elencadas apurar supostos riscos ou efetivos danos ao meio ambiente bem como buscar a efetiva reparação ou prevenção.

Resta claro que não é o objetivo da presente pesquisa esgotar as fontes de responsabilidade civil existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Pretendeu-se com a explanação apenas demonstrar como o direito civil pátrio absorveu a evolução teórica do instituto. Nesse sentido:

Transformação é tão intensa que não permaneceu despercebida; a crise instalou-se. Na esfera do direito impôs-se prontamente uma nova consciência moral, a ditar urgência de revisão de conceitos, de institutos, de estruturas e de valores, a favor de uma mentalidade ética bem distinta daquela para quem a arquitetura jurídica do passado houvera sido desenhada e por força da qual o traço da solidariedade social e o traço da dignidade individual passaram a realizar sadio percurso paralelo. (HIRONAKA, 2009, p.190-191).

No Direito Moderno, a responsabilidade civil não se funda em questões meramente patrimoniais. A solidariedade social e a dignidade da pessoa humana são hoje os fundamentos da responsabilidade civil, sendo ampliado o rol de possibilidade de danos reparáveis.

O instituto da responsabilidade civil vê-se norteado pela já mencionada ideia de socialização dos riscos, com foco no dano causado, não só à vítima, mas à toda a coletividade.

A respeito da relação entre a responsabilidade objetiva e a função social da empresa, importante destacar que “a primeira visa à imputação de responsabilidade pelo risco empresarial, por razões de equidade e justiça distributiva, àquele que o criou ou dele tira proveito” (FRAZÃO, 2011, p. 198). Por isso, é evidente a ligação entre a responsabilidade objetiva e a função social da empresa.

Na medida em que o empresário exerce suas atividades, assumindo os riscos inerentes, vê-se obrigado a arcar com os custos que tais riscos trazem à

coletividade, em observância de uma justiça social. Se a sociedade proporciona condições para a obtenção do lucro, nada mais justo que retribuir, sanando os prejuízos causados na busca por lucro, bem como cumprindo a função social.

Após verificar o que envolve a responsabilidade civil do empresário, chegou o momento de estudar a sua responsabilidade penal, bem como o Direito Penal Empresarial.

5 O DIREITO PENAL EMPRESARIAL E A RESPONSABILIDADE PENAL DO EMPRESÁRIO

A coletividade necessita de um sistema eficaz de controle para assegurar uma estabilidade que possibilite ambiente seguro para o desenvolvimento econômico. Isso ocorre através de um sistema coerente de normas que considere modelos de conduta, impondo sanções aos fatos que coloquem perigo ao próprio grupo. Nesse contexto, a responsabilidade penal serve de instrumento imprescindível para o controle social.

Cesare Beccaria, no século XVIII, afirmou que a responsabilidade penal foi necessária para que os homens pudessem viver com segurança e tranquilidade. Por isso, o surgimento das penas foi fundamental para a convivência social. De acordo com esse autor: “leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de conservá-la. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada para poderem gozar o restante com segurança e tranquilidade” (BECCARIA, 1999, p. 27).

Dessa forma, a submissão das pessoas às normas de convivência permite a integração entre os indivíduos. Para efetivar essa submissão, o Direito Penal é imprescindível, porque é mecanismo eficaz para assegurar a conformidade das pessoas às normas da sociedade.

Ademais, “o Direito Penal simboliza o sistema normativo mais formalizado, com uma estrutura mais racional, e conta com o mais elevado grau de divisão de trabalho e especificidade funcional dentre todos os subsistemas normativos” (KAISER, 1978, p. 83). Portanto, a aplicação do Direito Penal, observando rigorosos critérios de justiça, é fundamental para restabelecer a ordem jurídica quando os demais ramos do direito se mostrarem insuficientes.

Nesse sentido, a responsabilidade penal pode ser conceituada como a obrigação do autor de uma infração penal – crime ou contravenção penal³⁷ – ser

³⁷ Conforme o art. 1º do Decreto-lei nº 3.914/1941 (Lei de Introdução do Código Penal), considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

submetido à persecução penal e sofrer as sanções previstas em lei, perante a Justiça Criminal.

Trata-se, portanto, da obrigação de arcar com as consequências jurídicas (penais) de um delito.

5.1 A posição do Direito Penal no ordenamento jurídico

O Direito Penal pode ser conceituado como o conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações penais e suas sanções, através de um conjunto de valorações e princípios que orientam a aplicação das normas penais (BITENCOURT, 2012).

Atualmente, a doutrina majoritária entende que o Direito Penal pertence ao Direito Público: “O Direito Penal, em suma, ao lado do Direito Constitucional, do Direito Administrativo etc., não pertence ao Direito privado (do qual fazem parte o Direito Civil, o Direito Comercial etc.), e sim ao Direito Público” (MOLINA; GOMES, 2012, p. 37).

Essa posição majoritária se justifica porque o Direito Penal, além de proteger interesses individuais (vida, liberdade, patrimônio, honra, etc.), tutela interesses públicos (ex.: segurança pública) e sociais (ex.: saúde). E, mesmo quando o Direito Penal protege interesses individuais, ele o faz “em função do interesse da própria convivência social, já que ela não seria possível sem a salvaguarda desses bens fundamentais” (MOLINA; GOMES, 2012, p. 37).

Outra justificativa diz respeito à falta de susceptibilidade negocial a que a responsabilidade penal está sujeita. Por isso, a responsabilidade criminal fica, em regra, afastada do âmbito da autonomia da vontade dos envolvidos. Destaque-se que, em regra, não há possibilidade de negociar a responsabilidade penal. Essa regra possui exceções, como é o caso da composição civil e da transação penal, benefícios previstos na Lei 9.099/95 (arts. 72 ao 74 e 76, todos da Lei 9.099/95)³⁸.

³⁸ Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Art. 73. A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação.

Apesar de o Direito Penal pertencer ao Direito Público, a interpenetração entre o Direito Público e o Direito Privado – exposta na seção 2.5 – demonstra que a análise da responsabilidade penal do empresário é útil em estudos de Direito Privado.

Ademais, a distância entre o Direito Público e o Direito Privado está em crise:

A própria distinção entre direito privado e público está em crise. Esta distinção, que já os Romanos tinham dificuldade em definir, se substancia ora na natureza pública do sujeito titular dos interesses, ora na natureza pública e privada dos interesses. Se, porém, em uma sociedade onde é precisa a distinção entre liberdade do particular e autoridade do Estado, é possível distinguir a esfera do interesse dos particulares daquela do interesse público, em uma sociedade como a atual, torna-se difícil individuar um interesse particular que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse dito público. (PERLINGIERI, 2007, p. 53).

Importante destacar a importante relação entre o Direito Penal e o Direito Privado: “As partes que formam os setores do Direito estão umas com as outras numa relação de autonomia e interdependência. Essa relação de complementariedade se faz presente também entre o Direito Penal e os ramos do Direito Privado (Direito Civil e Comercial).” (PRADO, 2007, p. 59).

Dessa forma, são várias as afinidades do Direito Penal com o Direito Privado: “como direito eminentemente sancionador, a contribuição do primeiro é decisiva para reforçar a tutela jurídica do segundo com a cominação de sanções punitivas aos atos ilícitos” (MIRABETE, 2001, p. 29).

Essa interpenetração, entre ramos aparentemente separados, reflete um caminho de mão dupla, porque “muitos conceitos do Direito Privado são úteis ao Direito Penal, por serem indispensáveis à correta interpretação e aplicação de seus

Parágrafo único. Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecurável, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

preceitos. O Direito Penal também presta significativa contribuição ao Direito Privado” (PRADO, 2007, p. 61).

Além disso, a unidade do ordenamento jurídico justifica uma superação da dicotomia Direito Público/Direito Privado. Por isso, “não são poucos os autores que, a partir da ideia da constitucionalização do direito, decretam como superada a distinção entre direito público e direito privado” (SILVA, 2008, p. 172). No mesmo sentido, Leonardo Mattiето defende o abandono da separação do direito em público e privado: “a acolhida da tese de unidade do ordenamento jurídico, e bem assim da superioridade dos valores e princípios insculpidos na Constituição, cujo alcance se projeta no sistema jurídico como um todo, conduz à necessidade de abandonar a separação do direito público e privado, posta pela doutrina tradicional” (MATTIETO, 2000, p. 166).

A esse respeito, conforme já exposto no item 2.5, há autores defendendo que o Direito Empresarial deveria, também, ser considerado ramo do Direito Público:

O direito empresarial deveria ser também considerado ramo de “Direito Público”, o que seria visível pelas normas de direito concorrencial (principalmente as que se relacionam ao ativismo antitruste, que seria uma forma de socialização das preocupações empresariais) e de direito societário (quando se reconhece a sua complexidade e a pluralidade de interesses na determinação do objeto social). (DINIZ, 2012a, p. 15).

Nesse sentido, o Direito Privado e o Direito Público não se excluem, mas se integram em uma unidade de sentido, em um contexto que privilegia a democracia e os direitos fundamentais. Ora, “cada norma jurídica serve sempre ao interesse coletivo e ao individual ao mesmo tempo; porque o interesse coletivo não é um interesse diferente do individual” (PERLINGIERI, 2008, p. 431).

De mais a mais, “não pode mais o direito empresarial ser meramente passivo observador e receptor dos dados da vida empresarial” (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 20), nos quais se insere a responsabilidade penal empresarial.

Por isso, admitindo-se a interpenetração entre o Direito Público e o Direito Privado, fundamental estudar a responsabilidade penal do empresário, pessoa física ou jurídica.

5.2 Os principais movimentos político-criminais contemporâneos

A respeito dos instrumentos político-criminais, merecem destaque o abolicionismo, o movimento de Lei e Ordem e o Direito Penal mínimo.

O movimento abolicionista possui bases nas ideias humanitárias que, devido aos horrores presenciados pelo mundo na época da Segunda Guerra Mundial, ganharam novo fôlego. O fundamento do abolicionismo é que punir penalmente não resolve os problemas sociais e, até mesmo, colabora, eis que o sistema penal funciona como uma escola de horrores, uma fábrica de criminosos. Então, se as sanções penais são cruéis e pioram a sociedade, contribuindo para a criminalidade, devem ser abolidas.

Os doutrinadores adeptos do abolicionismo, cujas origens são atribuídas ao italiano Fillipo Gramatica, defendiam a perda de legitimidade do poder punitivo exercido pelo sistema penal vigente, devendo o mesmo, então, ser abolido e substituído por outros modelos de solução de conflito. Tal conclusão fundou-se em severas críticas dirigidas ao Direito Penal, visto como um sistema ineficaz e cruel.

Em síntese precisa, Rogério Greco entende que:

A crueldade do Direito Penal, a sua natureza seletiva, a incapacidade de cumprir as funções atribuídas às penas (reprovação e prevenção), a característica extremamente estigmatizante, a cifra negra correspondente às infrações penais que não foram objeto de persecução pelo Estado, a seleção do que deve ou não ser considerado como infração penal, bem como a possibilidade de os cidadãos resolverem, por meio de outros ramos do ordenamento jurídico (civil, administrativo, etc.), os seus conflitos inter individuais, levaram um grupo de autores a raciocinar, definitivamente, com a tese abolicionista. (GRECO, 2006, p. 10).

É inegável a contribuição trazida pelo pensamento abolicionista que, ao analisar as misérias do Direito Penal, promoveu a conscientização sobre os problemas a serem superados, especialmente tendo-se em vista a fragilização do princípio da dignidade da pessoa humana por uma utilização irracional e inadequada do jus puniendi e, mais especificamente, do instrumento da prisão.

Contudo, até mesmo alguns doutrinadores que defendiam o discurso abolicionista reconheceram a grande dificuldade em se lidar com desvios comportamentais graves sem a utilização do sistema penal. Para várias situações,

não se conseguiu encontrar alternativa que não fosse a aplicação do Direito Penal. Dessa forma, apesar de ser um sistema falido, o sistema penal é necessário, eis que ainda não existe outra solução.

Sendo assim, o discurso abolicionista foi perdendo força, mas suas críticas fizeram com que prosperassem o princípio da intervenção mínima (a criminalização de uma conduta só será legítima se for necessária para a proteção de um bem jurídico) e o Garantismo, bases em que se apoia a ideia do Direito Penal Mínimo, teoria a ser abordada mais adiante.

Em sentido oposto à corrente abolicionista, encontra-se a tese do Movimento de Lei e Ordem, que defende um discurso do Direito Penal Máximo, no qual esse Direito é visto como a solução primordial para a resolução dos problemas que afligem a sociedade.

Ao invés de se embasar em dados empíricos que demonstrem uma efetiva diminuição da criminalidade ou a solução eficaz dos problemas sociais que visa resolver, tal discurso é sustentado pela mídia sensacionalista que dissemina o medo generalizado na sociedade. Amedrontada, acuada pela insegurança e convencida por ideias preconceituosas, a população passa a clamar por uma resposta enérgica do Estado em face da criminalidade aparente e da violência urbana, sem perceber, de fato, os erros inerentes a um discurso que prega o endurecimento irracional das normas penais e flexibilização dos direitos fundamentais.

No contexto da construção de um Estado Democrático de Direito, que deveria garantir o bem-estar da população, fornecendo aos cidadãos condições para uma existência digna, cede lugar a um Estado Penal, que dá menor importância aos direitos fundamentais, priorizando o sistema penal repressivo em detrimento de investimentos sociais essenciais. Em consequência, a própria sociedade é a mais prejudicada, vendo-se cada vez mais afundada em injustiças e desigualdades sociais que só fazem aumentar ainda mais o problema da criminalidade, culminando em um círculo vicioso que sem fim.

Os postulados pregados pelo discurso do Movimento de Lei e Ordem começam a ganhar apoio na década de 90, figurando-se como exemplo significativo o movimento denominado “Tolerância Zero”, instituído na cidade de New York pelo então prefeito Rudolph Giuliani.

Tal movimento recebeu duras críticas por parte da doutrina penal, sendo considerado uma maneira cruel de perseguição aos pobres e marginalizados nos espaços públicos, servindo mais como maneira de tentar acalmar a população de classe média e alta e como manobra eleitoreira do que como medida eficaz de combate e prevenção à criminalidade.

Outra vertente do Movimento de Lei e Ordem que ganhou projeção mundial é o denominado “Direito Penal do Inimigo”, preconizado por Günther Jakobs. Em brevíssima síntese, tem-se que Jakobs procura traçar uma distinção entre um Direito Penal do Cidadão, no qual seriam observados todos os princípios fundamentais garantistas inerentes ao Direito Penal moderno, e o Direito Penal do Inimigo, destinados a um grupo específico de delinquentes que deliberadamente desrespeitam o Estado de Direito, os quais não poderiam, portanto, ter direito à observância dos direitos e garantias assegurados aos cidadãos.

Não é difícil perceber que um discurso calcado em flexibilização, e até mesmo, inobservância dos direitos e garantias fundamentais, configura um enorme retrocesso que não pode ser tolerado em um Estado Democrático de Direito. Não se pode permitir que a dignidade da pessoa humana seja vulnerabilizada em nome de um discurso vazio que utiliza conceitos indeterminados, como “delinquentes” e “inimigos”, os quais podem ser, facilmente, selecionados pela orientação política dominante. Toda a sociedade, sem dúvida, sairá prejudicada, assombrada pela ameaça do desrespeito a garantias básicas há muito conquistadas pela humanidade.

E, por fim, além da ameaça à dignidade da pessoa humana trazida pelo discurso do Movimento de Lei e Ordem, tem-se que a tentativa de se educar a sociedade através do Direito Penal, incriminando-se comportamentos pouco relevantes e agravando penalidades, leva a um Direito Penal puramente simbólico, impossível de ser aplicado. Ademais, o Direito Penal é instrumento que somente deve ser utilizado em último caso, quando esgotadas as demais vias (direito civil e administrativo).

Mais do que um discurso que não condiz com efeitos práticos positivos e, ainda, perigoso, o Movimento de Lei e Ordem encerra a autofagia do sistema penal que, inflado exageradamente, seria incapaz de ser observado pelo meio social. Aumentando-se desnecessariamente o número de delitos, aumentaria ainda mais a

cifra negra, e o sistema penal, já sobrecarregado, se tornaria insustentável, conduzindo à ineficácia e absoluta ausência de credibilidade no sistema.

No meio entre as duas radicais correntes acima abordadas, situa-se o Direito Penal Mínimo. Baseado na ideia do que foi chamado de Garantismo Penal, desenvolvido principalmente por Luigi Ferrajoli em sua obra *Direito e Razão*,

o direito penal mínimo, que dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e certeza. (FERRAJOLI, 2006, p. 102).

A concepção minimalista do Direito Penal implica a adoção de diversos princípios que deverão ser observados tanto pelo legislador na criação e revogação de tipos penais, quanto pelos aplicadores da lei penal. Dentre tais princípios indispensáveis a um Direito Penal Mínimo, garantidor dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos em face do *jus puniendi* estatal, podem ser destacados: intervenção mínima; lesividade; adequação social; insignificância; individualização da pena; proporcionalidade; responsabilidade pessoal; limitação das penas; culpabilidade e legalidade.

Em suma, tem-se que, no discurso minimalista, o Direito Penal é tido como instrumento importante de controle social, mas cuja utilização legítima só pode se dar em um juízo de *ultima ratio*, ou seja, quando falharem instrumentos menos drásticos de controle social, nos quais se incluem sanções impostas pelo direito civil e administrativo, bem como o controle social não formal, exercido, por exemplo, pela família, escola e instituições religiosas.

Sem afastar-se de uma concepção garantista, tendo como máxima a aplicação racional do Direito Penal em respeito ao postulado inafastável da dignidade da pessoa humana, o *jus puniendi* estatal só pode ser exercido em uma lógica de mínima intervenção possível do sistema penal sobre as liberdades dos cidadãos, com uma máxima proteção às garantias individuais.

Sendo assim, o Direito Penal passa a ser um sistema fragmentário e subsidiário. Vale ressaltar que o Direito Penal mínimo não proíbe uma aplicação rígida do direito. Pelo contrário, a aplicação deve ser rígida, mas, ao mesmo tempo, racional.

Nesse sentido, como a responsabilidade penal não pode acontecer de forma arbitrária, são necessários limites para o *jus puniendi*. Eles são obtidos através dos princípios, que correspondem a verdadeiros filtros limitadores da responsabilidade penal.

O que se deve ter como pano de fundo é o Direito Penal mínimo, baseado na ideia do chamado Garantismo Penal, desenvolvido por Luigi Ferrajoli.

5.3 O Direito Penal Empresarial

O Direito Penal Empresarial, também chamado de Direito Penal Econômico, possui matéria complexa eivada de tecnicismo e de árdua apreensão. Esse ramo do direito visa tutelar a atividade econômica desenvolvida numa economia de mercados livres.

Apesar de ser mais comum a expressão “Direito Penal Econômico”, não há problema utilizar “Direito Penal Empresarial”, especialmente tendo em vista que o termo empresa deve ser compreendido como a atividade, que visa obter lucros, através do oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados mediante a organização dos fatores de produção.

Conforme entende Fábio Ulhoa Coelho, “se empresário é o exercente profissional de uma atividade econômica organizada, então empresa é uma atividade; a de produção ou circulação de bens ou serviços” (COELHO, 2008, p. 12). Então, a empresa não possui personalidade jurídica, sendo objeto – e não sujeito – de direito.

Sobre o termo empresa, Luiz Antônio Ramalho Zanoti registra:

Pelo termo empresa subentende-se condição ativa, ação, diligência, dentre outras. Logo, em existindo empresa, há atividade mediante o exercício de uma série de atos coordenados, complexos ou não, com objetivo específico. Essa atividade tem fins econômicos, e visa à produção ou circulação de bens ou serviços. Para o exercício da atividade econômica são necessários quatro fatores de produção: capital, trabalho, matéria-prima e tecnologia. Subsume-se, pois, que esses bens de produção possam produzir os resultados esperados, do homem e para o homem, se forem empregados de forma coordenada. Daí o fato de que, na conceituação de empresa, impõe-se a exigência de que ela seja um ente organizado. Essa conjugação de esforços é realizada pelo empresário, em nome próprio, em caráter habitual, com ou sem o concurso de atividade alheia, mediante a organização e direção do negócio. (ZANOTI, 2009, p. 17).

Dessa forma, apesar de menos comum do que a expressão “Direito Penal Econômico”, não é errado falar em “Direito Penal Empresarial”.

Apesar de defender a manutenção da unicidade do Direito Penal, pode-se dizer que Direito Penal Empresarial tem certa autonomia. Trata-se de disciplina ainda em formação, a qual poderá ser convertida em disciplina autônoma, com sistema principiológico próprio, inclusive.

Conforme entende Carlos Perez Del Valle, “o Direito Penal Econômico é definido em relação a um objeto de caráter político-criminal: a prevenção da criminalidade econômica” (VALLE, 2004, p. 30, tradução nossa)³⁹. Por isso, Douglas Fischer entende que é necessário ter um olhar novo, porque é limitada a capacidade do Direito Penal clássico para combater fenômenos da criminalidade econômica. Sustenta, ainda, “ser necessário desenvolver uma teoria com características próprias e que seja eficaz na proteção preponderante de bens jurídicos coletivos, reveladores de interesses difusos” (FISCHER, 2006, p. 102). Explicando sua posição, esse autor acrescenta:

Não que se deva afastar os critérios vigentes até hoje em relação aos delitos que atinjam interesses individuais, mas é essencial que, de forma paralela e concatenada, se estabeleçam novos paradigmas – que devem conviver harmoniosamente com aqueles – para que, de modo substancial, se garanta a efetividade penal em relação aos crimes que atentem contra os interesses difusos, inter-relacionados de forma umbilical com os chamados direitos fundamentais de terceira geração. Apenas é necessário ter um olhar novo. (FISCHER, 2006, p. 121).

Apesar de integrar o Direito Penal, possui íntima ligação com a atividade econômica empresarial, eis que, em alguns casos de abuso de direito, os agentes, na busca da maximização de seus lucros, infringem normas de Direito Penal Econômico por meio de uma sociedade empresária. Nesse sentido: “no instante em que se permite aos sócios exercer uma atividade comercial com o respaldo da pessoa jurídica, limitando-lhes a responsabilidade, a lei se sente no dever de proteger, inclusive penalmente, terceiros que entrem em contato com a sociedade” (COSTA JÚNIOR; PEDRAZZI, 2005, p. 14).

³⁹ *El Derecho Penal económico se define en relación con un objeto de carácter político-criminal: la prevención de la criminalidad económica.*

Sobre o chamado Direito Penal Empresarial, assevera Jair Leonardo Lopes: “em se tratando das relações do Direito Penal com outras disciplinas jurídicas, merece referência especial o denominado Direito Penal Econômico que, segundo alguns, tem por objeto os crimes praticados na produção, distribuição e consumo de bens e serviços”. (LOPES, 2005, p. 34).

No mesmo sentido: “a criminalidade econômica como criminalidade da empresa afeta a regulamentação da produção, distribuição e consumo de bens e serviços” (VALLE, 2004, p. 33, tradução nossa)⁴⁰.

Dessa forma, o Direito Penal Empresarial trata do conjunto de delitos que podem ser praticados quando do exercício de atividade econômica organizada visando à obtenção de lucros, em uma economia de mercado. Configura uma “criminalidade sutil, difusa e de reflexos lentos, porém com dimensão extremamente acentuada” (FISCHER, 2006, p. 137).

Importante destacar o chamado efeito espiral, comum na delinquência econômica: “a deslealdade de um dos agentes criminosos para com os seus competidores pressiona os demais a praticarem idênticas condutas” (FISCHER, 2006, p. 138).

Os desafiadores do Direito Penal Econômico buscam maximizar os lucros, mas praticam condutas graves, eis que suas consequências atingem, geralmente, pessoas indeterminadas e interesses difusos. Ademais, “a potencialidade lesiva dos delitos econômicos merece ser mensurada não no momento de sua realização, mas pelos efeitos que serão produzidos no futuro” (FISCHER, 2006, p. 135). No mesmo sentido, Cesare Beccaria afirmou, no século XVIII, que a verdadeira medida do delito é o dano causado (BECCARIA, 1999).

Esse tipo de tutela penal se justifica pela natureza supra individual dos bens jurídicos protegidos. Por exemplo, a tutela da ordem tributária, através desse ramo do Direito Penal, visa proteger, ainda mais, a receita tributária, que dará o respaldo econômico para as atividades destinadas às necessidades sociais. No mesmo sentido, a tutela ambiental se preocupa com o desenvolvimento sustentável, *ex vi* do

⁴⁰ *La criminalidad económica como criminalidad de empresa afecta a la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.*

art. 225, *caput* da CR/1988⁴¹. Conforme entendem Paulo José da Costa Júnior e Cesare Pedrazzi, “trata-se, pois, de tutela penal coletiva” (COSTA JÚNIOR; PEDRAZZI, 2005, p. 14).

Ainda sobre a tutela da ordem tributária, fundamental ressaltar que a tributação é um eficaz instrumento de erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais, na medida em que ocorra uma distribuição funcional da renda. Vale frisar que a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais constituem objetivos essenciais de nosso Estado Democrático de Direito, conforme dispõe o artigo 3º, inciso III, da Constituição da República de 1988. Sobre a importância da atividade tributária, Luiz Regis Prado assevera:

Essas regras e princípios informam a atividade tributária do Estado e proporcionam o ingresso dos recursos necessários para atender seus gastos, no caso de não serem suficientes os auferidos de sua receita patrimonial, ou seja, aquela oriunda da exploração do patrimônio estatal. A obtenção de receita é feita mediante a instituição de tributos (impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições sociais) e tem como escopo primordial satisfazer às necessidades sociais e atender aos encargos públicos do orçamento. (PRADO, 2004, p. 400-401).

Contrabando, descaminho, delitos contra o sistema previdenciário, dentre outros previstos no Código Penal, fazem parte do ramo específico do direito penal empresarial. Da mesma forma, os crimes previstos na Lei dos Crimes Ambientais (9.605/98) e os previstos nas seguintes legislações: Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro (7.249/86), Lei de Falência e Recuperação de Empresas (11.101/05), Lei de Licitações (8.666/93), Lei dos Crimes de Lavagem de Dinheiro (9.613/98), Lei 9.279/96 (que prevê crimes contra as patentes, contra os desenhos industriais, contra as marcas, contra as indicações geográficas e os crimes de concorrência desleal), o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90, arts. 61 a 76) e a Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e Contra as Relações de Consumo (Lei 8.137/90).

A responsabilização criminal, em delitos inerentes ao Direito Penal Empresarial, é necessária na medida em que motiva e conscientiza o empresário a não cometer crimes. A análise de custos e benefícios sempre deve ser analisada,

⁴¹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

eis que inerente à atividade empresarial. Portanto, para evitar a responsabilidade penal do empresário, deverá ocorrer conciliação entre a busca por lucros e o respeito às normas de Direito Penal Empresarial.

5.4 Conceito de crime

Pela necessidade de delimitar o alcance da responsabilidade penal, é importante conceituar crime. Não há intenção de aprofundar o conceito de crime, ao contrário, pretende-se enumerar, de forma sintética, os seus elementos fundamentais para então prosseguir no estudo da responsabilidade penal. Será adotado o conceito analítico de crime, que é considerado “a visão científica do fenômeno” (NUCCI, 2011, p. 54).

De acordo com o conceito analítico, utiliza-se uma ótica tripartida, na qual crime é considerado um fato típico, ilícito e culpável. (BITENCOURT, 2012).

O fato típico é constituído de quatro elementos: conduta, resultado, nexos causal e tipicidade. (BITENCOURT, 2012).

De acordo com o art. 18 do CP⁴², a conduta – ação ou omissão consciente – pode ser dolosa ou culposa⁴³.

A partir da exigência que a conduta seja dolosa ou culposa, extrai-se que o ordenamento jurídico brasileiro veda a responsabilidade penal objetiva.

Na responsabilidade objetiva o sujeito “responde pelo simples fato de ter causado materialmente o evento, sem nenhum liame psicológico. É bastante a produção do dano para aplicação da pena” (PRADO, 2007, p. 140). Na responsabilidade penal objetiva “o agente responde pelo resultado ainda que agindo sem dolo ou culpa, o que contraria a doutrina do Direito Penal fundado na responsabilidade pessoal e na culpabilidade” (MIRABETE, 2001, p. 155). Portanto, a responsabilidade penal - a partir da exigência de conduta dolosa ou culposa - é somente subjetiva.

⁴² Art. 18 - Diz-se o crime:

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

II - culposos, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

⁴³ De acordo com o parágrafo único do art. 18 do CP, salvo os casos em que a lei prevê modalidade culposa, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Destaque-se que admitir a responsabilidade objetiva em Direito Penal consiste em desvirtuar o sistema vigente. Nesse sentido: “um Direito Penal que pretendesse exigir responsabilidade por fatos que não dependem em absoluto da vontade do indivíduo merece ser qualificado de arbitrário e disfuncional, porque precisamente então a pena carece de poder motivador e o castigo perderia toda justificação” (MOLINA; GOMES, 2012, p. 453).

Quanto ao resultado, não se exige modificação no mundo exterior – resultado naturalístico – bastando, como elemento do fato típico, um resultado jurídico, ou seja, que ofenda um bem jurídico penalmente tutelado.

Outro elemento é o nexo causal, entre a conduta e o resultado. Nesse sentido, o art. 13 do CP prevê que “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido” (BRASIL, 2013).

O último elemento do fato típico é a tipicidade, que corresponde ao amoldamento de um fato a um determinado tipo penal. Tipo é o conjunto dos elementos do fato punível, “é a descrição abstrata de um fato real que a lei proíbe (tipo incriminador).” (PRADO, 2007, p. 352).

Quanto ao segundo degrau do conceito analítico de crime, deve-se analisar a ilicitude (antijuridicidade): “ilicitude é a contrariedade de uma conduta com o ordenamento jurídico, provocando lesão efetiva a um bem jurídico tutelado” (NUCCI, 2011, p. 55).

Para que o fato seja ilícito, ele não pode estar abraçado por nenhuma excludente de ilicitude. São excludentes de ilicitudes legais: estado de necessidade (art. 24 do CP)⁴⁴ legítima defesa (art. 25 do CP)⁴⁵, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular do direito (essas duas últimas estão previstas no art. 23, inc. III, do CP)⁴⁶.

⁴⁴ Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

⁴⁵ Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

⁴⁶ Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: (...)

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito

Ocorre que “as causas de justificação não se limitam aos casos expressamente previstos na lei, admitindo-se a existência de causas supralegais de exclusão da ilicitude” (GALVÃO, 2013, p. 396). Além das excludentes legais acima mencionadas, existem outras, sem previsão legal expressa. Dentre elas, há o consentimento do ofendido, excludente de ilicitude supralegal, aplicável aos casos que envolvam bem jurídico disponível, pessoa com capacidade de consentir, manifestação livre e anterior ao consentimento, bem como atuação respeitando os limites do consentido. (PRADO, 2007).

O consentimento do ofendido está ligado ao princípio da adequação social, “como por exemplo a *praxis* social estabeleceu uma permissão, é a lesão corporal praticada para colocação de brincos, *piercings* e outros adereços como tatuagens” (BUSATO, 2013, p. 516). Dessa forma, pode-se reconhecer “que o costume social pode afastar a responsabilidade concedendo permissão para o caso concreto” (BUSATO, 2013, p. 516).

Se o fato for típico – conduta, resultado, nexos causal e tipicidade – e antijurídico – não abraçado por excludente de ilicitude – deve ser analisada a culpabilidade. A culpabilidade é um “juízo de censura voltado ao fato típico e antijurídico, realizado apenas quando o autor for imputável, agir com consciência potencial de ilicitude e com possibilidade e exigibilidade de atuar conforme determina o Direito” (NUCCI, 2011, p. 57). Então, os requisitos da culpabilidade, como fundamento da pena, são: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Diante disso, de acordo com o conceito analítico, crime é fato típico, ilícito e culpável. E a responsabilidade penal corresponde à obrigação de suportar as consequências jurídicas (penais) da prática de um crime.

5.4.1 Breve história e evolução da teoria do crime

A teoria clássica do Causalismo (VON LISZT, 2003), concebida por Franz Von Liszt, com forte influência do positivismo jurídico, teve como relevante defensor Ernest Von Beling. Destaque-se que em 1906 Beling defendeu uma teoria da tipicidade penal, através da qual a concepção bipartida passa a ser concebida de maneira tripartida. Dessa forma, na formulação de Beling o tipo é o conjunto dos

elementos materiais que estabelecem a essência própria de um crime, em torno do qual se agrupam os demais elementos: a ilicitude e a culpabilidade.

Então, o tipo surge desvinculado de toda e qualquer carga de elementos subjetivos. O tipo resultava de mero amoldamento de uma conduta praticada e a descrição típica do delito. Dolo e culpa não influenciavam na análise do fato típico, mas sim na culpabilidade. Essa concepção predominou em grande parte do Século XIX, mas não sobreviveu, por insuficiência de conceitos e fragilidade de suas bases teóricas.

Após, surgiu o Neokantismo, como uma teoria normativa da culpabilidade, introduzindo elementos subjetivos, de modo que a culpabilidade deve ser entendida como juízo de censura – reprovabilidade – relacionado ao aspecto psicológico da infração penal. Esse sistema também sofreu severas críticas, pois não modificou o conceito de conduta. Não se nega o avanço relacionado à exigência de uma atuação mais cuidadosa do operador do direito, que deve valorar o fato ao apreciá-lo.

Dessa forma, esse sistema neokantiano pecou ao manter o dolo distante da análise da conduta típica. Equívoco que foi corrigido pelo Finalismo (WELZEL, 2004) de Hans Welzel, superando as concepções do Causalismo e do Neokantismo, se mantendo até a atualidade. Com efeito, descobriu-se que é mais adequado enxergar dolo e culpa como integrantes do fato típico, não da culpabilidade.

Nesse sentido, o Finalismo manteve a estrutura idealizada pela concepção tripartida do sistema de Liszt e Beling, mas fez adequação no conceito de conduta, compreendendo-a como uma ação consciente e finalisticamente orientada. Destarte, Welzel proferiu sofisticado ataque às teorias antecedentes, deslocando a análise do dolo e da culpa – anteriormente elemento da culpabilidade – para o primeiro degrau do conceito tripartido de crime. Trata-se de uma postura mais lógica e coerente, que exigiu uma nova interpretação da culpabilidade, ficando somente com elementos puramente valorativos (juízo de censurabilidade).

Ocorre que, apesar do sucesso do Finalismo de Welzel, várias críticas foram feitas, principalmente porque a teoria finalista atingiu resultados em parte certos e em parte incorretos. Por isso, chegou o momento de estabelecer novos compromissos científicos, através do Funcionalismo Penal, inicialmente formulado por Günther Jakobs (JAKOBS, 1997). Claus Roxin também colaborou nessa tentativa de superação do Finalismo (ROXIN, 2002).

Considerando que Jakobs e Roxin têm diferentes concepções quanto à missão do Direito Penal, deve-se destacar a principal diferença entre a abordagem de ambos com relação ao funcionalismo. Jakobs entende que não é missão do Direito Penal proteger bens jurídicos, mas sim garantir a vigência e o respeito às normas (funcionalismo sistêmico) (JAKOBS, 2010). Em outro sentido, para Roxin, o Direito Penal serve para proteger bens jurídicos (funcionalismo racional-teleológico) (ROXIN, 2002).

Com efeito, o objetivo do Funcionalismo é superar as falhas da teoria de Welzel, de modo que o sistema jurídico-penal deve ser orientado pela busca de soluções justas, não se admitindo mais a tradicional separação entre política criminal e dogmática penal. Trata-se de uma moderna exigência de uma abordagem funcional, que respeite a necessária observância da função político-criminal do Direito Penal (TEIXEIRA, 2014).

Na Teoria do Crime, o Funcionalismo Penal possui dois principais componentes. Um deles é verificado a partir da expansão do conceito de culpabilidade para uma ideia de responsabilidade. Nesse sentido, a culpabilidade está atrelada a necessidades preventivas da sanção penal, de modo que uma pessoa somente será responsabilizada criminalmente se ambas – culpabilidade e exigências de prevenção – estiverem presentes. O outro consiste na teoria da imputação objetiva, que condiciona a imputação de um resultado à criação de um risco proibido (JAKOBS, 2010).

Os estudos sobre a teoria da imputação objetiva colaboram para entender a limitação do poder punitivo (GALVÃO, 2002). Não se trata de construir discurso somente para beneficiar o réu, mas de reconhecer que a responsabilidade penal só é legítima a partir de princípios jurídico-normativos e quando observados rigorosos critérios de justiça, no contexto do já exposto princípio da intervenção mínima.

Com efeito, a evolução da Teoria do Crime deve ser estudada sob o foco uma concepção garantista, tendo como máxima a aplicação racional do Direito Penal em respeito ao postulado da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, o *jus puniendi* só pode ser exercido em uma lógica de mínima intervenção possível do sistema penal sobre as liberdades dos cidadãos, com uma máxima proteção às garantias individuais. Afinal, o minimalismo penal não proíbe uma aplicação rígida do direito. Pelo contrário, a aplicação deve ser rígida, mas, ao mesmo tempo, racional.

5.5 Princípios que envolvem a responsabilidade penal

Como a responsabilidade penal não pode acontecer de forma arbitrária, são necessários limites para o *jus puniendi*. Eles são obtidos através dos princípios, que correspondem a verdadeiros filtros limitadores da responsabilidade penal, utilizados para “descobrir quem responde e quando responde pelo fato criminoso” (MOLINA; GOMES, 2012, p. 437).

Importante mencionar, a título de ilustração, Claus Roxin, o qual entende que a responsabilidade penal deve ser orientada pelas consequências penais do ato (ROXIN, 1992). E, com auxílio não menos importante, Günther Jakobs especificou o objetivo de um Direito Penal funcional: a busca pela estabilização de expectativas, em prol de um harmônico convívio social (JAKOBS, 1997). Nessa linha, o estudo dos princípios colabora para evitar o ineficaz Direito Penal do inimigo, que corresponde a um indevido Direito Penal do autor⁴⁷.

O que se deve ter como pano de fundo é o Direito Penal mínimo, baseado na ideia do chamado garantismo penal, desenvolvido por Luigi Ferrajoli:

O direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e certeza. (FERRAJOLI, 2006, p. 102).

Dessa forma, os princípios “constituem a face orientadora da aplicação das normas abstratamente previstas em lei aos casos concretos emergentes dos conflitos sociais, legitimadores da interveniência do poder repressivo estatal” (NUCCI, 2011, p. 31).

5.5.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade impede que alguém seja punido sem a existência de norma penal incriminadora. O art. 5º, inc. XXXIX, da CR/1988 prevê: “não há

⁴⁷ Importante destacar a diferença entre Direito Penal e Direito Penal do Inimigo: “a) o Direito Penal do inimigo não estabiliza normas (prevenção geral positiva), mas denomina determinados grupos de infratores; b) em consequência, o Direito Penal do inimigo não é um Direito Penal do fato, mas do autor” (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 75).

crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 2013). No mesmo sentido, o art. 1º do CP: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 2013).

Dessa forma, não há punição por vontade política, ou criação de crime pelo costume.

Esse princípio equivale à reserva legal, porque somente a lei penal pode prever crimes e cominar sanções, bem como emana outros, como: taxatividade⁴⁸ e irretroatividade⁴⁹.

5.5.2 Princípio da individualização da pena

Individualizar significa particularizar o que antes era genérico, quer dizer tornar individual alguém e uma situação.

O princípio da individualização da pena exige que a pena seja aplicada de forma justa e adequada, “quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores” (NUCCI, 2011, p. 36). Esse princípio evita a estandartização, distinguindo algo de alguém, dentro de um contexto.

Conforme determina o art. 5º, inc. XLVI⁵⁰, da CR/88, o julgador deve individualizar a penas, examinando detalhadamente os elementos que dizem respeito ao fato e ao acusado.

O Código Penal, em seu art. 68⁵¹, prevê que o juiz utilize um critério trifásico para dosimetria da pena. Especificamente na primeira fase, devem ser analisadas as circunstâncias judiciais – *individualizadamente* – previstas no art. 59 do Código Penal⁵². Na segunda fase, circunstâncias agravantes e atenuantes. E, na terceira

⁴⁸ De acordo com a taxatividade, os tipos penais devem ser detalhadamente construídos, com conteúdo suficientemente claro. Não se admite analogia *in malam partem*.

⁴⁹ Art. 5º, inc. XLX, da CR/1988: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

⁵⁰ Art. 5º, inc. XLVI - a lei regulará a individualização da pena.

⁵¹ Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

⁵² Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (...).

fase, causas de aumento e causas de diminuição. Tudo isso para aplicar, de forma justa e fundamentada, a sanção penal que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Dessa forma, esse princípio “obriga o julgador a fixar a pena, conforme a cominação legal (espécie e quantidade) e a determinar a forma de sua execução” (PRADO, 2007, p. 145).

5.5.3 Princípio da intervenção mínima

Como a intervenção penal constitui a forma mais drástica – por causa da gravidade do castigo penal – de reação do Estado contra o autor de uma infração penal, o Direito Penal somente se legitima quando aplicado em último caso. A respeito da gravidade do castigo penal, Douglas Fischer destaca: “o mecanismo específico de eficácia do Direito Penal – diferentemente do Direito Administrativo ou Civil – consiste em estabelecer custos muito superiores aos benefícios do delito” (FISCHER, 2006, p. 157).

De acordo com o princípio da intervenção mínima, o Direito Penal deve ser aplicado somente quando os outros ramos do direito não forem suficientes para restabelecer a ordem jurídica. Por isso, “o Direito Penal é direito de *ultima ratio*” (MOLINA; GOMES, 2012, p. 311). *Ultima ratio* no sentido de “último instrumento que deve ter incidência para sancionar o fato desviado” (MOLINA; GOMES, 2012, p. 33).

Como corolário desse princípio afirma-se que o Direito Penal tem caráter fragmentário⁵³ e subsidiário⁵⁴.

Por tudo isso, a aplicação legítima do Direito Penal exige sua utilização somente em último caso, para intervir minimamente na vida das pessoas. Não se pode tolerar uma inflação legislativa penal, pois conduz a uma ineficácia do sistema. Nesse sentido: “o uso excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica negativa”. (PRADO, 2007, p. 143).

⁵³ Somente para proteger a parcela mais importante dos bens jurídicos. Somente para as situações mais relevantes.

⁵⁴ Somente quando os outros ramos do Direito não solucionarem satisfatoriamente um conflito.

A respeito da expressão inflação legislativa penal, Joaquim Leitão Júnior explica que a inflação penal é a desvalorização da atuação do Direito Penal em situações fáticas desnecessárias, segundo o princípio da intervenção mínima. Também chamada de inflação legislativa, pois apoiada a um direito simbólico prejudica a força intimidativa das sanções penais, e pode levar o Direito Penal ao descrédito total. Então, o Direito Penal deve ser encarado como *ultima ratio* e não como *prima ratio* (primeiro recurso) na solução de conflitos, de modo diverso do sugerido pela inflação penal e pelo Direito Penal simbólico. (LEITÃO JÚNIOR, 2011).

Destarte, o Direito Penal deve atuar somente quando os demais ramos do direito se revelarem insuficientes para restabelecer a ordem jurídica.

5.5.4 Princípio da culpabilidade

De acordo com o princípio da culpabilidade, no Direito Penal não se admite a responsabilidade objetiva. Ou seja, envolve a exigência de responsabilidade subjetiva e “refere-se à impossibilidade de se responsabilizar criminalmente por uma ação ou omissão quem tenha atuado sem dolo ou culpa” (PRADO, 2007, p. 139).

Trata-se, portanto, de vedação à responsabilidade objetiva, a qual permite responsabilização “pelo simples fato de ter causado materialmente o evento, sem nenhum liame psicológico” (PRADO, 2007, p. 140).

Por isso, extrai-se que a responsabilidade penal - a partir da exigência de conduta dolosa ou culposa - é somente subjetiva. Vale dizer, *nullum crimen nulla poena sine culpa*.

O termo culpabilidade também é utilizado em outros dois sentidos.

Um deles diz respeito à culpabilidade como fundamento da pena, de modo que somente pode ser punida uma pessoa que não seja inimputável, que tenha potencial consciência da ilicitude e quando exigível uma conduta diversa. (GRECO, 2009).

O outro relaciona a culpabilidade como reprovabilidade pessoal pela conduta e, dessa forma, como elemento de medição da pena: quanto maior a culpabilidade, maior deve ser a pena aplicada pelo juiz (BITENCOURT, 2012). A pena deve ser proporcional à “gravidade do desvalor subjetivo da ação” (MOLINA; GOMES, 2012,

p. 453). Nesse sentido, Luiz Regis Prado afirma que “a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade” (PRADO, 2007, p. 139).

Dessa forma, o termo culpabilidade pode ser utilizado como um dos pilares do conceito analítico de crime, como elemento para medição da pena, ou como proibição à responsabilidade penal objetiva, este último configurando, especificamente, o sentido do princípio da culpabilidade.

5.5.5 Princípio da pessoalidade da pena

Esse princípio - também chamado de princípio da responsabilização pessoal ou da intranscendência das penas - impede que alguém responda por fato de outrem. A pena não pode passar da pessoa do condenado, *ex vi* do art. 5º, inc. XLV, da CR/1988⁵⁵.

Luiz Regis Prado entende que esse princípio “vincula-se estreitamente aos postulados da imputação subjetiva e da culpabilidade” (PRADO, 2007, p. 144).

O Código Penal francês, no art. 121-1, prevê expressamente esse princípio: “ninguém é responsável penalmente senão pelo próprio fato” (PRADO, 2007, p. 144).

Nesse sentido, vale lembrar que a “responsabilidade penal, diferentemente da civil, tributária etc., deve recair diretamente sobre a pessoa que exteriorizou o fato, que se envolveu causal e juridicamente no fato”. (MOLINA; GOMES, 2012, p. 438).

Destaque-se que “não se pode confundir responsabilidade subjetiva (ninguém pode ser punido penalmente senão quando atua com dolo ou culpa) com responsabilidade penal pessoal (ninguém pode ser punido por fato alheio)” (MOLINA; GOMES, 2012, p. 438).

Portanto, não existe responsabilidade penal coletiva. A responsabilidade penal é intransferível e personalíssima.

⁵⁵ Art. 5º, XLV, da CR/1988 - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

5.6 Da responsabilidade penal do empresário

O Direito Civil e o Direito Penal têm por objeto garantir a segurança dos bens jurídicos das pessoas, mas cada um faz isso de forma diferente. (ZAFFARONI, 2010, p. 62, tradução nossa).⁵⁶ Enquanto a responsabilidade civil serve para satisfazer a reparação, a responsabilidade penal atende a pretensão punitiva (FELIPETO, 2001, p. 39).

Quem pode sofrer a pretensão punitiva é quem praticou a infração penal, chamado de sujeito ativo. Em regra, somente a pessoa pode ser sujeito ativo no Direito Penal - os animais não são puníveis -, embora “na Antiguidade e na Idade Média ocorressem muitos processos contra animais” (MIRABETE, 2001, p. 122)⁵⁷.

No Direito Penal, sujeito passivo é “o titular ou portador do interesse cuja ofensa constitui a essência do crime” (ESTEFAM, 2012, p. 87). Por isso, podem ser sujeitos passivos de crimes: “o ser humano, desde a concepção, a pessoa jurídica, o Estado, a coletividade e até entes sem personalidade jurídica” (ESTEFAM, 2012, p. 88).

Antes de falar sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, importante lembrar que empresário pode ser “pessoa física, que emprega seu dinheiro e organiza a empresa individualmente, como a jurídica, nascida da união de esforços de seus integrantes” (COELHO, 2009a, p. 63).

Caso o empresário seja pessoa física, será denominado empresário individual. Na hipótese da atividade empresária ser exercida por pessoa jurídica, o empresário, em regra, será chamado de sociedade empresária.

Quando se trata de empresário individual, não há discussão a respeito de sua responsabilidade penal, pois, em regra, a pessoa física é sujeito ativo de infração penal. A responsabilidade penal da pessoa física já está consolidada na doutrina e jurisprudência. (GALVÃO, 2003, p. 123). O conflito de entendimentos ocorre quando se discute a capacidade penal da pessoa jurídica.

⁵⁶ *Tanto el derecho civil como el derecho penal tienen por objeto garantizar la seguridad de los bienes jurídicos de los habitantes, pero cada uno de ellos lo hace de un modo diferente.*

⁵⁷ A esse respeito, Mirabete conta que em Savigny, na França, por volta do ano de 1456, um tribunal condenou à força uma porca que, juntamente com seus filhotes, havia causado a morte de um menino. A porca foi executada, mas os leitões foram agraciados no último instante, em consideração a sua tenra idade. (MIRABETE, 2001, p. 122).

A respeito da possibilidade da pessoa jurídica ser sujeito ativo de infração penal, “não se chegou a consenso sobre a possibilidade de utilização do Direito Penal contra as pessoas jurídicas” (GALVÃO, 2003, p. 19). Por isso, constitui “tema, sem sombra de dúvida, dos mais controvertidos no atual Direito Penal” (MOLINA; GOMES, 2012, p. 443), “que tem despertado a atenção da doutrina penal em todo o mundo” (PRADO, 2007, p. 268).

5.7 Da responsabilidade penal da pessoa jurídica

A pessoa jurídica, no exercício de suas atividades, contribui para o desenvolvimento da sociedade em diversos aspectos. Contudo, sua atuação nem sempre gera somente efeitos positivos para a coletividade. Apesar do importante papel da pessoa jurídica na sociedade moderna, discute-se o seu vínculo ao “fenômeno da denominada criminalidade econômica *lato sensu* (v.g., ordem econômica, relações de consumo, ambiente etc.)”. (PRADO, 2007, p. 268).

Quanto aos impactos negativos decorrentes da atuação das pessoas jurídicas, em regra, implicam na responsabilização civil das entidades. Ocorre que, em caso de crime ambiental, deve-se verificar a possibilidade de responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica, em face do art. 225, § 3º, da CR/1988⁵⁸ e do art. 3º da Lei 9.605/98⁵⁹.

Trata-se de tema de especial relevância, porque “a questão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas é parte do conjunto das mais debatidas do Direito Penal atual” (BACIGALUPO, 2004, p. 66, tradução nossa)⁶⁰.

⁵⁸ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...)

§3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

⁵⁹ Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.

⁶⁰ *La cuestión de la responsabilidad penal y sancionatoria (administrativa) de las personas jurídicas forma parte del conjunto de las cuestiones más debatidas del Derecho penal y sancionatorio administrativo actual.*

De acordo com Walter Claudius Rothenburg, a origem do reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica ocorreu na Grécia antiga, a partir da existência de pessoas jurídicas de Direito Privado (corporações), responsáveis corporativamente por infrações penais. (ROTHENBURG, 2005, p. 29).

A título de ilustração pode-se dizer que há polêmica a respeito da existência da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Direito Romano.

Savigny e Gierke (citados por SILVA, 2003) afirmam a irresponsabilidade penal da pessoa jurídica no Direito Romano.

Walter Claudius Rothenburg afirma que no Direito Romano havia reconhecimento implícito da possibilidade de uma pessoa jurídica cometer crimes, porque ela poderia sofrer sanção penal. (ROTHENBURG, 2005, p. 33).

Guilherme José Ferreira da Silva, citando Aquiles Mestre, afirma que este “critica com veemência Savigny e Gierke que rechaçam a existência da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Direito Romano” (SILVA, 2003, p. 16).

Explicando a polêmica, SILVA afirma que, inicialmente, “o Direito Romano concebia a pessoa jurídica como uma mera ficção, criação legal e não consequência de um fato natural” (SILVA, 2003, p. 15). Em seguida, esse autor acrescenta que no Direito Romano “apenas inicialmente a pessoa jurídica fora concebida como uma ficção, pois a Lei n. 15, §1º, consagrava expressamente o dolo de uma espécie de *Universitas* denominada *Decuriones* – *dolo decurionum*” (SILVA, 2003, p. 16).

Enfim, para o estudo da responsabilidade penal da pessoa jurídica, será necessária uma visita às teorias que envolvem esse controvertido tema, passando pelo direito comparado e por uma análise de recente julgado da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a qual, em 05 de agosto de 2013, adotou posicionamento divergente da firmada nos tribunais superiores brasileiros. Dessa forma, serão estudados autores que admitem a responsabilidade penal da pessoa jurídica (*societas delinquere potest*) e que não admitem essa responsabilidade (*societas delinquere non potest*), bem como a teoria da dupla imputação.

5.7.1 Da impossibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica

A corrente da impossibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica parte do princípio *societas delinquere non potest*, através do qual “não se admite a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas que, em todo caso, só podem sofrer sanções administrativas ou civis”. (BACIGALUPO, 1998, p. 29, tradução nossa)⁶¹.

Os defensores dessa corrente afirmam que o art. 5º, inciso XLV da Constituição de 1988⁶² (BRASIL, 2013) deixou claro que a responsabilidade penal, em sua essência, é inerente apenas aos seres humanos, o que torna inconstitucional o texto do art. 3º da Lei 9.605/98 que prevê a responsabilidade administrativa, civil e penal das pessoas jurídicas para condutas lesivas ao meio ambiente. Nesse sentido, afirma-se que “falta à pessoa jurídica capacidade criminal” (REALE JÚNIOR, 2010, p. 344).

Tal argumento decorre do fato de que a pessoa jurídica não tem vontade suscetível de configurar dolo ou culpa, e, assim, não há que se falar em culpabilidade (*nullum crimen nulla poena sine culpa*).

Um dos pontos principais da impossibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica pauta-se na teoria da ficção jurídica, defendida por Savigny, Windscheid e Ihering, os quais consideram as pessoas jurídicas como puras abstrações, sendo entes fictícios, desprovidos de consciência, vontade e finalidade. A respeito da teoria da ficção jurídica, Fernando Galvão explica:

A teoria da ficção fundamentou-se na teoria da vontade, segundo a qual o direito subjetivo era um poder de vontade que somente pode ser atribuído ao homem, único capaz de ser titular de direitos. Segundo tal construção teórica, as pessoas jurídicas são entidades fictícias criadas pelo Direito e não seres reais. Nas pessoas coletivas a única realidade é a das pessoas físicas que a compõem. (GALVÃO, 2003, p. 33).

Nas palavras de Guilherme José Ferreira da Silva:

⁶¹ *No es admisible la punibilidad de las personas jurídicas quedando, en todo caso, sólo la posibilidad de aplicar sanciones administrativas o civiles.*

⁶² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

A teoria da ficção, que tem em Savigny o seu maior expoente e sintetizador, parte do pressuposto de que a todo direito corresponde um sujeito que é o seu titular e, assim sendo, as corporações só poderiam ter direito e deveres e, via de consequência, capacidade jurídica, se fossem concebidas como sujeitos. Para tanto, era necessário criar-se esta personalidade através da Lei, já que naturalmente, somente o ser humano pode ser sujeito de direito e deveres. (SILVA, 2003, p. 33-34).

No mesmo sentido, Walter Claudius Rothenburg:

Só o homem, tomado individualmente, é capaz de direito, e assim, só entendida como ficção, pode essa capacidade jurídica ser estendida às pessoas jurídicas, para fins patrimoniais. As pessoas jurídicas não passam de uma simples forma, por meio da qual os seus membros componentes manifestam suas relações jurídicas com o mundo exterior. (ROTHENBURG, 2005, p. 128).

Cezar Roberto Bitencourt (2012) entende que o Direito Penal não pode abrir mão das conquistas históricas consubstanciadas nas suas garantias fundamentais. Nesse sentido, Rogério Greco (2009) destaca que atribuir capacidade penal à pessoa jurídica constitui retrocesso no Direito Penal:

Entendemos que responsabilizar penalmente a pessoa jurídica é um verdadeiro retrocesso em nosso Direito Penal. A teoria do crime que temos hoje, depois de tantos avanços, terá de ser completamente revista para que possa ter aplicação a Lei n.º 9.605/98. Quem atua por ela são os seus representantes. Ela, como ente jurídico, sem o auxílio das pessoas físicas que a dirigem, nada faz. (GRECO, 2009, p. 177).

No mesmo sentido, Zaffaroni e Pierangeli (2001) afirmam que a pessoa jurídica não pode ser autora de delito por não ter capacidade de conduta humana.

A responsabilidade penal é sempre pessoal ou subjetiva – própria do ser humano –, e decorrente apenas de sua ação ou omissão, não sendo admitida nenhuma outra forma ou espécie. A estrutura ontológica da conduta pressupõe a prática de uma ação, isto é, um elemento corporal voluntário. O ente moral, sendo mera ficção legal, estaria impossibilitado de praticar alguma conduta (dolosa ou culposa), no sentido jurídico penal.

Frise-se que “um Direito Penal que pretendesse exigir responsabilidade por fatos que não dependem em absoluto da vontade do indivíduo merece ser

qualificado de arbitrário e disfuncional, porque precisamente então a pena carece de poder motivador e o castigo perderia toda justificação” (MOLINA; GOMES, 2012, p. 453).

Antônio Januzzi de Godoi (2010) chama atenção para o fato de que não só pela impossibilidade de ação, em sentido jurídico penal, que as pessoas jurídicas não podem ser criminalmente penalizadas, mas igualmente pelo fato de que esta criminalização contrariaria as finalidades da pena, cujo fundamento e medida é a culpabilidade do agente.

A noção de pessoa jurídica, impossibilitada de praticar conduta, vai de encontro com a noção tradicional de culpabilidade que implica na consciência livre (atributo essencialmente humano) para a prática de infração penal. Nesse sentido, Luiz Regis Prado afirma que “a culpabilidade penal como juízo de censura pessoal pela realização do injusto típico só pode ser endereçada a um indivíduo (culpabilidade da vontade). Como juízo ético-jurídico de reprovação, ou mesmo de motivação normal, somente pode ter como objeto a conduta humana livre” (PRADO, 2009, p. 122).

Acrescente-se ainda, dentre os pontos contrários à responsabilidade criminal de pessoas jurídicas, o princípio da pessoalidade ou da intranscendência das penas. Ao se punir a pessoa jurídica, estaria sendo igualmente atingido algum sócio inocente, não responsável pela conduta causadora do dano, o que ofende o já mencionado art. 5º, inc. XLV da CR/1988 (BRASIL, 2013): “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”.

Guilherme José Ferreira da Silva alerta que “a proposta da responsabilidade penal da pessoa jurídica é falaciosa, é contraditória, não tem nenhuma consistência científica. Procuram justificá-la, e, no final, todos dizem a mesma coisa” (SILVA, 2012, p. 147).

Por todos os argumentos suscitados, Cezar Roberto Bitencourt (2012), Luiz Regis Prado (2010), Miguel Reale Júnior (2010) Rogério Greco (2009), Guilherme José Ferreira da Silva (2003), Eugenio Raúl Zaffaroni (2001) e José Henrique Pierangeli (2001) defendem a incapacidade penal das pessoas jurídicas, rechaçando totalmente a possibilidade de se imputar à pessoa jurídica a prática de crime, sendo a mesma passível de ser responsabilizada apenas no âmbito civil e administrativo.

5.7.2 Possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica

Em contraposição a corrente exposta no item anterior, há defensores da capacidade penal das pessoas jurídicas, dentre eles Damásio de Jesus (2012), Guilherme de Souza Nucci (2011), Walter Claudius Rothenburg (2005), Ada Pellegrini Grinover e Fernando Galvão (2003).

Esses autores entendem que, à luz do art. 225, § 3º, da CR/1988⁶³ e do art. 3º da Lei 9.605/98⁶⁴, não há como negar a possibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica, nos casos envolvendo crimes contra o meio ambiente. Para eles, o citado dispositivo constitucional criou um novo paradigma para o conceito de crime: “o novo paradigma significa que é a violação das expectativas sociais que preponderantemente importa para a imputação de um resultado lesivo a um autor, e essa não se caracteriza somente por meio de condutas humanas” (GALVÃO, 2003, p. 41). Por isso, defendem que os operadores do direito devem “construir caminho dogmático capaz de materializar, com segurança, a vontade política acolhida na Constituição Federal”. (GALVÃO, 2003, p. 123).

Walter Claudius Rothenburg entende que “a teoria da ficção prevaleceu numa época de marcante desenvolvimento teórico do Direito Criminal (de um Direito Criminal eminentemente humanista) e serviu muito bem às concepções deste” (ROTHENBURG, 2005, p. 130). Ocorre que, para esse autor, a teoria da ficção está ultrapassada.

Conforme exposto no item 5.4, o conceito analítico de crime pauta-se em três pilares: tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Em caso de ausência de qualquer destes três elementos, não pode ser falar em crime, e, por consequência, inexistirá responsabilidade penal.

⁶³ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...)

§3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

⁶⁴ Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.

Dentre os elementos mencionados, a culpabilidade é o grande cerne da divergência jurídica apontada. De fato, a noção tradicional da culpabilidade exige a consciência da ilicitude da conduta para atuar com vontade de atingir determinado fim. Entretanto, para os defensores da capacidade penal da pessoa jurídica, este conceito deve ser revisto, permitindo-se a completa penalização de toda conduta lesiva a bens juridicamente tutelados.

De acordo com esta corrente não há óbice na tradicional teoria do delito na medida em que são apresentados novos paradigmas que levam a uma reformulação de alguns conceitos. Nesse sentido, defendem que o conceito analítico de crime não é aplicável à pessoa jurídica e que “a responsabilidade da pessoa jurídica resta submetida apenas aos requisitos estabelecidos no artigo 3º da lei de crimes ambientais”. (GALVÃO, 2003, p. 69).

Sustenta-se, assim, que as pessoas jurídicas são entes reais com capacidade e vontade próprias e, portanto, aptas a cometer condutas criminosas e sofrer as conseqüentes penalidades. Nesse sentido, a teoria da ficção cede espaço à teoria da realidade objetiva (da personalidade real ou orgânica), cujo precursor mais ilustre foi Otto Von Gierke (PRADO, 2007, p. 269), que reconhece que a pessoa jurídica possui vontade e vida autônoma em relação aos seus dirigentes.

De acordo com Fernando Galvão, a teoria da realidade “concebe a pessoa jurídica como uma pessoa real, um organismo social realmente existente, com vontade própria e vida autônoma em relação aos seus dirigentes. Argumentam os realistas, ainda, que as pessoas jurídicas apresentam perigosidade especial, pela qualidade e quantidade dos recursos que podem mobilizar” (GALVÃO, 2003, p. 35).

Fernando Galvão destaca que a teoria do delito deve ser utilizada apenas para identificar a pessoa física autora de crime. Especifica que a pessoa jurídica não pode ser autora de crime, mas sim responsável criminalmente pela conduta realizada pela pessoa física, “porque tal comportamento se deu em nome e benefício da pessoa jurídica” (GALVÃO, 2003, p. 70). Trata-se de “hipótese de responsabilidade pelo fato de outrem, mas que não possibilita investigar elementos subjetivos na pessoa responsável”. (GALVÃO, 2003, p. 70). Por isso, “pode-se concluir que a estrutura tradicional da teoria do delito foi preservada para utilização em relação à pessoa física, embora a responsabilidade possa ser ampliada para alcançar a pessoa jurídica” (GALVÃO, 2003, p. 73).

Então, enquanto a responsabilidade da pessoa física é subjetiva – com base no conceito analítico de crime – a “responsabilidade da pessoa jurídica decorre da relação objetiva que a relaciona ao autor do crime” (GALVÃO, 2003, p. 70).

Os defensores dessa corrente também entendem que não há ofensa ao princípio da responsabilidade pessoal da pena. Para eles, a pena deve ser aplicada apenas ao responsável pelo delito e, no caso, pode ser uma pessoa jurídica. Ademais, verifica-se que na Lei 9.605/98 (arts. 21 ao 24)⁶⁵ há previsão de penas específicas, aplicáveis às pessoas jurídicas.

Constata-se que ao penalizar a pessoa jurídica não se pode evitar que os efeitos (indiretos) da condenação se estendam a terceiros (*v.g.*, sócios inocentes), mas, de acordo com os adeptos da teoria real, tal fato não ofende o princípio da pessoalidade da pena.

Destaque-se que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em julgamento realizado em 06/08/2013, por maioria de votos, reconheceu a possibilidade de se processar penalmente uma pessoa jurídica, mesmo não havendo ação penal em curso contra a pessoa física relacionada com o crime (REXT 548181/PR). Na ocasião, a Ministra Rosa Weber foi acompanhada pelos Ministros Luís Roberto Barroso e Dias Toffoli. Ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux.

A respeito da ação que ensejou esse Recurso Extraordinário, importante esclarecer que o Ministério Público Federal do Paraná ofereceu denúncia em face da Petrobras (pessoa jurídica), do presidente dessa sociedade anônima e do

⁶⁵ Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são:

I - multa;

II - restritivas de direitos;

III - prestação de serviços à comunidade.

Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:

I - suspensão parcial ou total de atividades;

II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;

III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em:

I - custeio de programas e de projetos ambientais;

II - execução de obras de recuperação de áreas degradadas;

III - manutenção de espaços públicos;

IV - contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

Art. 24. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

superintendente da refinaria situada em Araucária/PR, por causa de um vazamento de óleo (quatro milhões de litros de óleo cru), ocorrido em 16 de julho de 2000, que poluiu os rios Barigui, Iguaçu e áreas ribeirinhas.

O presidente da Petrobras e o superintendente da refinaria situada em Araucária foram excluídos da ação penal, por ausência de demonstração da relação causal entre condutas dessas pessoas físicas com o dano ambiental.

A Petrobras, em uma tentativa de obter o trancamento da ação penal, impetrou Mandado de Segurança, sendo o *mandamus* denegado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Diante de tal decisão, foi interposto recurso ordinário ao Superior Tribunal de Justiça, que assim julgou:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. OCORRÊNCIA.

1. Admitida a responsabilização penal da pessoa jurídica, por força de sua previsão constitucional, requisita a *actio poenalis*, para a sua possibilidade, a imputação simultânea da pessoa moral e da pessoa física que, mediata ou imediatamente, no exercício de sua qualidade ou atribuição conferida pela estatuto social, pratique o fato-crime, atendendo-se, assim, ao princípio do *nullum crimen sine actio humana*.

2. Excluída a imputação aos dirigentes responsáveis pelas condutas incriminadas, o trancamento da ação penal, relativamente à pessoa jurídica, é de rigor.

3. Recurso provido. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em mandado de segurança 16.696/PR. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, **Diário de Justiça**, Brasília, 13 de março de 2006).

Inconformado, o Ministério Público Federal levou a discussão ao Supremo Tribunal Federal, que deu provimento, por maioria de votos, ao Recurso Extraordinário (REXT 548181/PR, julgado em 06/08/2013). Conforme o voto condutor da Relatora Ministra Rosa Weber, a identificação e manutenção na relação jurídico processual de pessoa física não é condição para responsabilização da pessoa jurídica causadora de dano ambiental, *ex vi* do art. 225, §3º da Constituição de 1988⁶⁶ (BRASIL, 2013).

⁶⁶ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...) §3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Nesse importante precedente do STF foi admitida a responsabilidade isolada da pessoa jurídica, dispensando a identificação e manutenção na relação jurídico processual de pessoa física, o que evitou imputação criminal a um ser humano que não provocou crime.

5.7.2.1 Teoria da dupla imputação ou da coautoria necessária

Enquanto “a maioria dos autores nacionais concentra seus esforços em negar a possibilidade de aceitação da imputação de responsabilidade penal a pessoas jurídicas, com base na adoção de premissas ontológicas na definição dos conceitos de dolo e culpa” (MACHADO, 2011, p. 1349), é importante destacar a teoria da dupla imputação, ou da coautoria necessária - da pessoa física -, “majoritariamente defendida tanto na doutrina como na jurisprudência nacionais” (MACHADO, 2011, p. 1350).

Essa teoria admite a responsabilização penal das pessoas jurídicas, desde que seja imputada responsabilidade às pessoas - físicas - dos administradores responsáveis pelos atos ilícitos.

Segundo essa corrente, dois são os requisitos para que se reconheça a responsabilidade da pessoa jurídica nos crimes previstos na Lei 9.605/98: primeiro, que a infração penal tenha sido cometida por decisão de representante legal ou contratual; e, segundo, que o crime ambiental tenha sido cometido no interesse ou em benefício da pessoa jurídica.

Nesse sentido, destaque-se que “não basta constatar a ocorrência da decisão pela prática delitiva, também será preciso identificar a pessoa física que, com sua conduta, lesionou o bem jurídico por causa da deliberação. Assim, não é correto admitir-se a denúncia formulada contra a pessoa jurídica, quando não se descobrir a pessoa física que teria agido em seu nome” (GALVÃO, 2003, p. 73). Ademais, “é necessário verificar a relação de causalidade entre a decisão e a violação concreta da norma. Tal verificação exige a identificação do indivíduo que materialmente viola o comando normativo” (GALVÃO, 2003, p. 73).

Logo, a questão da conduta punível e a da culpabilidade serão baseadas nas ações ou omissões criminosas praticadas pelos dirigentes da pessoa jurídica, servindo como requisito para que a pessoa jurídica seja penalmente

responsabilizada. Dá-se, então, um concurso necessário de agentes, de modo que a denúncia deve descrever a conduta da pessoa jurídica e da pessoa física, ainda que esta, excepcionalmente, não tenha sido identificada ou, por algum motivo, não seja culpável.

Se a conduta não decorrer de alguma deliberação do representante da pessoa jurídica, não há que se falar em responsabilidade do ente coletivo, mas apenas do autor material do delito. O mesmo ocorrerá se a conduta praticada decorrer de ato de representante que ultrapassar os limites dos poderes que lhe foram concedidos para gerir a pessoa jurídica. Neste caso, a pessoa jurídica não poderia ser penalizada em razão de uma competência usurpada por seu representante.

Importante frisar que o fato de se exigir a deliberação do representante legal ou contratual não significa que a pessoa jurídica possa ser responsabilizada apenas por crimes dolosos. Se a decisão tomada implicar na execução imprudente de algum ato ou atividade de risco que efetivamente cause uma lesão a bem ou interesse tutelado, poderá o ente igualmente ser penalizado pela conduta culposa.

Ressalte-se que, além da deliberação do representante, a lei exige que a ação praticada seja direcionada a um determinado fim, isto é, o ato praticado deve ser direcionado a um objetivo ilícito que beneficiará o ente coletivo ou atenderá a seus interesses. No caso de crimes culposos, a finalidade da conduta não será ilícita mas, o resultado, fruto de imprudência, negligência ou imperícia de seus executores, deverá ser lesivo a bens tutelados pela legislação criminal ambiental (Lei 9.605/98).

A teoria da dupla imputação é amplamente adotada no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal:

A jurisprudência dominante não admite a responsabilização autônoma dos entes morais, (...), é essencial a imputação simultânea da pessoa moral e da pessoa física que, mediata ou imediatamente, no exercício de suas qualidades ou atribuição conferida pelo estatuto social, pratique o fato-crime, atendendo-se, assim, ao princípio do *nullum crimen sine actio humana*. (PRADO; DOTTI, 2010, p. 11).

Apesar disso, em 06/08/2013, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, reconheceu a possibilidade de se processar penalmente uma pessoa jurídica, mesmo não havendo ação penal em curso contra

pessoa física relacionada com o crime (REXT 548181/PR). Trata-se de um paradoxo em face dos limites do *jus puniendi*, expostos na seção 5.4. Na ocasião do julgamento, a Ministra Rosa Weber foi acompanhada pelos Ministros Luís Roberto Barroso e Dias Toffoli. Ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux. Outros detalhes a respeito desse precedente foram descritos no final da seção 5.6.2.

Importante destacar que a adoção da teoria da dupla imputação não pode ser utilizada para, de forma automática, concluir que qualquer dano ambiental atribuível à pessoa jurídica signifique uma conduta criminosa de um administrador. Ora, não é aceitável o entendimento de que qualquer ato lesivo ao meio ambiente gera responsabilização penal da pessoa jurídica e, necessariamente, da pessoa física (administrador). Nesse sentido, precedente do Supremo Tribunal Federal:

1. *Habeas Corpus*. 2. Responsabilidade penal objetiva. 3. Crime ambiental previsto no art. 2º da Lei nº 9.605/98. 4. Evento danoso: vazamento em um oleoduto da Petrobrás 5. Ausência denexo causal. 6. Responsabilidade pelo dano ao meio ambiente não-atribuível diretamente ao dirigente da Petrobras. 7. Existência de instâncias gerenciais e de operação para fiscalizar o estado de conservação dos 14 mil quilômetros de oleodutos. 8. Não-configuração de relação de causalidade entre o fato imputado e o suposto agente criminoso. 8. Diferenças entre conduta dos dirigentes da empresa e atividades da própria empresa. 9. Problema da assinalagmaticidade em uma sociedade de risco. 10. Impossibilidade de se atribuir ao indivíduo e à pessoa jurídica os mesmos riscos. 11. *Habeas Corpus* concedido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 83.554/PR. 2ª Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes, **Diário de Justiça**, Brasília, 28 de outubro de 2005).

Nesse *Habeas Corpus* supra mencionado, o Ministro Gilmar Mendes expôs verdadeira aula sobre a teoria da imputação objetiva⁶⁷, com fundamentação exemplar, destacando que a relação da pessoa jurídica com o dano ambiental não significa, necessariamente, relação da pessoa física (administrador) com o crime ambiental. Concluiu que, sem comprovação do nexode causalidade entre a conduta de uma pessoa física e o resultado (dano ambiental), não há que se falar em crime praticado pelo ser humano.

⁶⁷ “A expressão imputação objetiva, utilizada em direito penal, significa atribuir a alguém a prática de conduta que satisfaz as exigências objetivas necessárias à caracterização típica. A imputação objetiva estabelece vinculação entre a conduta de determinado indivíduo e a violação da norma jurídica, no plano estritamente objetivo” (GALVÃO, 2002, p. 15).

5.7.3 A responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito comparado (sistemas da França, Inglaterra, Estados Unidos, Holanda, Dinamarca, Portugal, Itália, Espanha, Alemanha, Bélgica e América Latina)

Na França, o “princípio da culpabilidade não tem valor constitucional” (PRADO, 2010, p. 140) e o legislador francês se preocupou com o “binômio utilidade-justiça”, para melhorar a eficácia da repressão penal. Por isso, o Código Penal francês, em vigor desde 1º de março de 1994, admitiu expressamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica. De acordo com Luiz Regis Prado, essa foi a “mais importante novidade apresentada pelo Código Penal francês” (PRADO, 2010, p. 140).

O sistema da dupla imputação, defendido por grande parte da doutrina brasileira, já analisado em páginas anteriores, é adotado na França, conforme se extrai do art. 121-2 do Código Penal francês⁶⁸. De acordo com Eduardo Magalhães Ferreira, na França prevalece, também, “que a vontade coletiva deve ser considerada uma vontade própria, distinta da vontade dos membros da pessoa jurídica”. (FERREIRA, 2013, p. 88).

Com relação à responsabilidade penal coletiva, pode-se afirmar que a legislação brasileira “teve nítida influência do Direito Francês” (SILVA, 2003, p. 148). De acordo com Miguel Reale Júnior, a lei brasileira procurou “copiar o Código Penal francês de 1994, estabelecendo, inclusive, que a responsabilidade dos diretores é cumulativa com a da pessoa jurídica” (REALE JÚNIOR, 2010, p. 344).

Guilherme José Ferreira da Silva alerta que, na França, “nem sempre a responsabilização criminal da pessoa jurídica culminará na responsabilização individual da pessoa física, principalmente, nas hipóteses de infrações por omissão e culposas, quando não estiverem presentes os requisitos que possibilitem a imputação penal à pessoa física” (SILVA, 2003, p. 148).

⁶⁸ Art. 121-2 do Código Penal francês: As pessoas morais, com exceção do Estado, são penalmente responsáveis, segundo as distinções dos arts. 121-4 à 121-7 e nos casos previstos em lei ou regulamento pelas infrações praticadas por sua conta, pelos seus órgãos ou representantes. Entretanto, as coletividades territoriais e suas entidades só são responsáveis pelas infrações praticadas no exercício de atividades suscetíveis de ser objeto de convenções de delegação de serviço público. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas quando autores ou partícipes dos mesmos fatos. (PRADO, 2010, p. 141).

A previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica na França “obedeceu a uma lógica de continuidade evolutiva, sedimentada com o passar do tempo” (PRADO, 2010, p. 140). Nesse sentido, a França se organizou para responsabilizar penalmente a pessoa jurídica: “a Lei de Adaptação n. 92-1336, de 16 de dezembro de 1992, criou diversas disposições de cunho procedimental, visando harmonizar a legislação francesa com as mudanças que seriam, mais tarde, provocadas pelo novo Código Penal, instituindo, inclusive, um cadastro nacional das pessoas jurídicas, para registro de condenações”. (SILVA, 2003, p. 149). O Código de Processo Penal francês também foi adaptado para permitir uma adequada responsabilização penal da pessoa jurídica.

Na Inglaterra também é admitida a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Quanto à origem, “a ideia da responsabilidade penal da pessoa jurídica é uma criação jurisprudencial que data do início do século XIX” (PRADO, 2010, p. 137). No sistema inglês a *corporation* pode ser responsabilizada penalmente por qualquer crime que sua condição lhe permitir realizar e admitem a responsabilidade penal objetiva e subjetiva, para pessoas físicas ou jurídicas (PRADO, 2010). Nos delitos que exigem responsabilidade subjetiva, somente será possível punir a *company* se for identificada a pessoa física considerada *controlling mind*. (PRADO, 2010).

Com sistema similar ao aplicado na Inglaterra, nos Estados Unidos da América também se admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Lá, a partir da *identification theory*, permite-se a punição do ente coletivo mesmo que a pessoa jurídica não tenha se beneficiado com as consequências do crime (FERREIRA, 2013).

Na Holanda essa possibilidade foi introduzida pela reforma de 1976, no Código Penal Holandês de 1881 (SILVA, 2003). Aceitam a responsabilidade penal ainda que a “a atividade lesiva seja fruto de decisão de um órgão da empresa, podendo caracterizar o injusto penal se a ação for considerada própria da pessoa jurídica dentro de um contexto social” (SILVA, 2003, p. 146). Nesse sentido, admitem a responsabilidade penal se a pessoa jurídica tiver poder de disposição sobre o comportamento punível e se aceitou tal comportamento. Silvina Bacigalupo afirma que na Holanda “a jurisprudência também admite a responsabilidade penal de

peças jurídicas de direito público” (BACIGALUPO, 1998, p. 324, tradução nossa)⁶⁹.

De forma diversa, na Dinamarca é possível punir criminalmente a pessoa jurídica “desde que haja previsão expressa neste sentido para o delito praticado” (SILVA, 2003, p. 150). Nesse país “não é necessário que o crime seja cometido por decisão do corpo diretivo” (SILVA, 2003, p. 150), podendo ser praticado por qualquer empregado, dentro do âmbito organizacional da empresa.

No art. 11 do Código Penal Português⁷⁰ consta proibição para a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Apesar disso, há “disposições em contrário na legislação extravagante, como ocorre no Decreto-Lei n. 28/84 que prevê a possibilidade de responsabilização criminal das empresas por delitos contra a ordem econômica, em acatamento às recomendações do Conselho da Europa” (SILVA, 2003, p. 151).

Na constituição italiana não é permitida a responsabilização criminal do ente coletivo. Nesse sentido, “o artigo 27, parágrafo I da Constituição Italiana prevê que a responsabilidade penal é sempre pessoal” (SILVA, 2003, p. 152). Como na Itália o princípio da culpabilidade tem valor constitucional, repudia-se a responsabilidade penal objetiva. Destaque-se que “o Código Penal italiano admite a responsabilidade subsidiária da empresa em relação à sanção pecuniária, tratando-se, entretanto, de responsabilidade de natureza civil” (FERREIRA, 2013, p. 88). Trata-se de previsão expressa no art. 197 do Código Penal Italiano, que prevê: “as pessoas jurídicas têm obrigação cível de reparar o dano se o seu empregado for insolvente” (SILVA, 2003, p. 152). Por isso, “qualquer incriminação penal supõe necessariamente a existência de uma pessoa culpável para evitar a violação de princípios constitucionais” (BACIGALUPO, 1998, p. 320, tradução nossa)⁷¹.

Na Bélgica também não é admitida a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Lá vigora o princípio *societas delinquere non potest, sed puniri non potest*:

⁶⁹ *La jurisprudencia también ha admitido la responsabilidad penal de personas jurídicas de Derecho público.*

⁷⁰ Art. 11 do Código Penal Português. Carácter pessoal da responsabilidade: Salvo disposição em contrário, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal. (SILVA, 2003, p. 151).

⁷¹ *Cualquier incriminación penal supone necesariamente la existencia de una persona capaz de culpabilidad para no vulnerar los principios constitucionales.*

“é dizer, que não apenas se exclui a possibilidade de delinquir, mas também toda possibilidade de sanção penal” (BACIGALUPO, 1998, p. 315, tradução nossa)⁷².

Há entendimento de que, na Bélgica, o velho ditado foi reformado para *societas delinquere potest, sed puniri non potest*, de modo que “uma pessoa jurídica pode cometer uma infração por meio de seus órgãos” (BACIGALUPO, 2004, p. 70, tradução nossa)⁷³, mas não é possível impor sanção penal ao ente coletivo.

Por isso, “tanto o sistema Belga como o Italiano regulam, na realidade, consequências jurídicas indiretas sobre as pessoas jurídicas pelas infrações cometidas por pessoas físicas” (BACIGALUPO, 2004, p. 70, tradução nossa)⁷⁴.

Por causa dos inconvenientes da necessidade de estabelecer previamente a responsabilidade da pessoa física, para vincular certas consequências à pessoa jurídica, “é difícil que essas consequências jurídicas aumentem o efeito preventivo das sanções previstas para o autor individual” (BACIGALUPO, 2004, p. 71, tradução nossa)⁷⁵.

De forma similar, na Espanha somente é permitida a responsabilidade penal de pessoas físicas. O novo Código Espanhol, de 23 de novembro de 1995 exige, em seu art. 5º, a imputação subjetiva (SILVA, 2003), o que impede a responsabilização criminal da pessoa jurídica. Por outro lado, as pessoas jurídicas podem sofrer somente penalidades acessórias, de natureza administrativa ou civil, em consequência de condutas de pessoas naturais integrantes da pessoa jurídica (FERREIRA, 2013).

A Alemanha também não admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Essa proibição decorre da teoria do delito alemã, que é baseada no princípio da culpabilidade e na imputação subjetiva (SILVA, 2003). Da mesma forma como ocorre na Espanha e na Itália, admite-se a responsabilidade administrativa ou civil das pessoas jurídicas.

Na América Latina a maioria dos países não permite a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. No direito comparado latino americano, apenas México

⁷² *En Bélgica rige el principio societas delinquere non potest, sed puniri non potest. Es decir, que no sólo se excluye la posibilidad de delinquir, sino también toda posibilidad de sanción.*

⁷³ *Una persona jurídica puede cometer una infracción por medio de sus órganos.*

⁷⁴ *Tanto el sistema Belga como el Italiano regulan, en realidad, consecuencias jurídicas indirectas sobre las personas jurídicas de las infracciones cometidas por personas físicas.*

⁷⁵ *Es difícil que estas consecuencias jurídicas aumentem el efecto preventivo de las sanciones previstas para el autor individual.*

e Cuba admitem expressamente a responsabilidade penal para os entes coletivos. Em Cuba, o “Código de Defesa Social de 1936 prevê aplicação de medida de segurança às empresas” (SILVA, 2003, p. 154). No art. 11 do Código Penal Mexicano há previsão “da responsabilidade penal da pessoa jurídica com aplicação de pena de dissolução da sociedade” (SILVA, 2003, p. 154).

Conforme se percebe, “a questão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas é parte do conjunto das mais debatidas do Direito Penal atual” (BACIGALUPO, 2004, p. 66, tradução nossa)⁷⁶. Portanto, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é tema dos mais controvertidos da doutrina penal mundial.

Depois de analisar o Direito Penal Empresarial e a responsabilidade penal do empresário, deve-se verificar a função social da empresa, no Estado Democrático de Direito.

⁷⁶ *La cuestión de la responsabilidad penal y sancionatoria (administrativa) de las personas jurídicas forma parte del conjunto de las cuestiones más debatidas del Derecho penal y sancionatorio administrativo actual.*

6 FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Conforme já afirmado, “se empresário é o exercente profissional de uma atividade econômica organizada, então empresa é uma atividade; a de produção ou circulação de bens ou serviços” (COELHO, 2008, p. 12). Pretende-se, neste capítulo, analisar a função social da empresa, partindo do conceito de empresa como atividade organizada, a qual é exercida pelo empresário, que busca otimizar a produção para o mercado. Importante destacar que a função social da propriedade já foi exposta no capítulo 3.

6.1 Função social

O termo função social, tão importante no Estado Democrático de Direito, orienta as atividades humanas, no sentido de que os atos praticados devem visar o bem-estar coletivo. “O conceito de função teria sido formulado pela primeira vez por São Tomás de Aquino, quando afirmou que os bens apropriados individualmente teriam um destino comum, que o homem deveria respeitar” (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 33).

Sobre o sentido da palavra função, Fábio Konder Comparato assevera que: “o substantivo *functio*, na língua matriz, é derivado do verbo deponente *fungor* (*functus sum, fungí*), cujo significado primigênio é de cumprir algo, ou desempenhar-se de um dever ou uma tarefa” (COMPARATO, 1996, p. 40).

No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior sugere que a “função quer dizer papel que alguém ou algo deve desempenhar em determinadas circunstâncias. Falar em função, portanto, corresponde a definir um objetivo a ser alcançado” (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 45-46).

Com relação ao termo social, deve ser entendido como “pertencente à sociedade humana considerada como entidade dividida em classes graduadas, segundo a posição na escala convencional: posição social, condição social, classe social” (MICHAELIS, 1998, p. 1961).

Destaque-se que não se pode vincular a palavra “social”, ao estudar a função social da empresa, a ideais socialistas. Não se pretende transformar os bens

que envolvem a empresa em patrimônio coletivo, mas tão somente em subordinar a atividade empresarial aos interesses sociais.

A expressão função social, segundo Rodrigo Almeida Magalhães, pode ser definida como “um objetivo a ser alcançado em benefício da sociedade” (MAGALHÃES, 2007, p. 342).

No mesmo sentido, Ana Frazão de Azevedo Lopes afirma que a função social orienta o exercício da externalização de interesse privados para o bem da sociedade, “acabando com o seu caráter arbitrário e pessoal” (LOPES, 2006, p. 96).

Dissertando sobre o tema, Francisco dos Santos Amaral Neto observa que:

Emprestar ao Direito uma função social significa, portanto, considerar que os interesses da sociedade se sobrepõem aos interesses do indivíduo, sem que isso implique, necessariamente, a anulação da pessoa humana, justificando-se a ação do Estado pela necessidade de se acabar com as injustiças sociais. Função social significa não-individual, sendo critério de valoração de situações jurídicas conexas ao desenvolvimento das atividades de ordem econômica. (AMARAL NETO, 2003, p. 367).

Pietro Perlingieri entende que falar sobre função social é falar de algo especial. Para esse autor,

A função social, construída como o conjunto dos limites, representaria uma noção somente de tipo negativo voltada a comprimir os poderes proprietários, os quais sem os limites, ficariam íntegros e livres. Este resultado está próximo à perspectiva tradicional. Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento. (PERLINGIERI, 2007, p. 226).

Ainda segundo esse autor, “a função social é também critério de interpretação da disciplina proprietária para o juiz e para os operadores jurídicos” (PERLINGIERI, 2007, p. 227).

Então, pode-se dizer que cumprir uma função social é atingir uma finalidade útil para a coletividade, e não apenas para as pessoas diretamente envolvidas. Ela determina uma limitação interna, no sentido de que legítimo será o interesse individual quando realizar o direito social, e, não apenas quando não o exercer em prejuízo da coletividade.

Apesar da função social apenas indicar um fim a ser promovido, sem previsão do meio para sua realização através de legislação infraconstitucional, isso não impede sua eficácia. Eugênio Facchini Neto afirma:

Caso a eficácia de um direito fundamental dependesse de uma legislação infraconstitucional que o implementasse, correr-se-ia o risco de a omissão do legislador ordinário ter mais força eficaz do que a ação do legislador constituinte. Isso significaria que a criatura (legislador ordinário) teria mais poder do que seu criador (legislador constituinte). Daí a razão de se sustentar a ideia de que, quando inexistente a *interpositivo legislatoris*, as normas constitucionais podem aplicar-se diretamente. (FACCHINI NETO, 2003, p. 49).

O princípio da função social, dessa forma, não impõe que o particular seja mero meio para satisfazer interesses sociais, mas atribui ao proprietário (ou a quem for exercer o direito de usar, gozar e dispor da propriedade), bem como ao empresário – conforme será visto adiante – a prática de comportamentos em benefício da sociedade. Trata-se de inserção de solidariedade das relações entre indivíduos, “transformando-os em co-responsáveis, ao lado do Estado, pela efetiva realização do projeto de uma sociedade de membros autônomos e iguais” (FRAZÃO, 2011, p. 190).

Para o efetivo exercício desta solidariedade social, imperiosa a busca pelo equilíbrio entre o exercício dos direitos subjetivos e das liberdades e os anseios sociais.

6.2 Função social da posse

Antigamente, o interesse do possuidor era oponível contra todos, independentemente de qualquer tipo de abuso do direito. No contexto do Estado Democrático de Direito a posse também tem uma função social a ser cumprida.

O art. 5º, inciso XXII, da Constituição de 1988⁷⁷ garante o direito de propriedade, mas não garante, de forma expressa, o direito à posse. A esse

⁷⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII - é garantido o direito de propriedade.

respeito, Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Andrea Leite Ribeiro de Oliveira destacam:

A disciplina e a tutela jurídica da posse se dão indiretamente, na medida em que representa a concretização do princípio da função social da propriedade, mesmo porque a posse é historicamente anterior à própria noção de propriedade. (GAMA; OLIVEIRA, 2008, p. 64)

Nesse sentido, pode-se afirmar que a função social da posse é extraída a partir da função social da propriedade, porque além de a posse ser ligada à propriedade, “o possuidor pratica atos inerentes ao de um proprietário, ainda que não seja” (GAMA; OLIVEIRA, 2008, p. 63).

Dentre as iniciativas para fomentar o acesso à moradia como viés da função social da posse, está a redução dos prazos para fins de usucapião previstos no Código Civil de 2002 (arts. 1238 a 1242)⁷⁸.

Pelo teor dos citados dispositivos legais, é possível verificar que, destinando-se a posse a moradia ou trabalho familiar, os prazos para a prescrição aquisitiva são reduzidos, de forma a garantir o acesso à terra.

⁷⁸ Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade dívida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Art. 1.241. Poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel.

Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

A posse é essencial para a sociedade por ser um instrumento para que os indivíduos atendam às suas necessidades de moradia e cultivo. Neste sentido, ao exercer sua função social, a posse modifica estruturas sociais a partir de uma política de redistribuição de renda e redução das desigualdades sociais (GAMA; OLIVEIRA, 2008).

Portanto, na atualidade não há que se falar em posse dissociada de função social.

6.3 Função social do contrato

Contrato, conforme observa Orlando Gomes, “é todo acordo de vontades destinado a constituir uma relação jurídica de natureza patrimonial e eficácia obrigacional” (GOMES, 1998, p. 12). Contratos podem ser definidos como “títulos que permitem a transferência ou atribuição patrimonial entre diferentes partes em razão de negócio jurídico celebrado” (SZTAJN, 2004, p. 30). Ainda, para Rachel Sztajn, “contratos facilitam a circulação da propriedade; empresas organizam a produção para os mercados e estes tornam eficiente a troca econômica” (SZTAJN, 2004, p. 29).

Como sabido, no sistema capitalista, o contrato se tornou uma das mais importantes formas de operação econômica. Praticamente todas as relações econômicas partem dele. Também é inerente a esse sistema a liberdade de contratar, a qual decorre da livre iniciativa.

Nesse sentido, pode-se dizer que “a liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato” (SILVA, 2007, p. 793). E, ainda, como registra Caio Mário da Silva Pereira: “o mundo moderno é o mundo do contrato” (PEREIRA, 2004, p. 9).

Para Humberto Theodoro Júnior, as pessoas utilizam o contrato como instrumento para realizar a circulação dos bens patrimoniais:

O único e essencial objetivo do contrato é o de promover a circulação da riqueza, de modo que pressupõe sempre partes diferentes com interesses diversos e opostos. Para harmonizar interesses conflitantes, o contrato se dispõe a ser útil na definição de como aproximá-los e dar-lhes uma saída negocial. Nunca, todavia, o interesse do vendedor será igual ao do comprador, o do mutuante igual ao do mutuário, o do locador igual ao do

locatário, o do empreiteiro igual ao do dono da obra e assim por diante. (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 46).

Visando regulamentar, de forma expressa, a utilização do contrato, o artigo 421 do Código Civil brasileiro de 2002 prevê o princípio da função social do contrato, *in verbis*: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. A respeito desse dispositivo legal, Luciano Benetti Timm afirma:

O contrato não poderá, eventualmente, servir para instrumentalizar objetivos e valores contrários à ordem jurídica, sob a única justificativa de liberdade contratual, como se a relação contratual estivesse descolada do subsistema jurídico. (TIMM, 2008, p. 187).

A função social do contrato já estava implícita no ordenamento jurídico brasileiro antes mesmo da vigência do Código Civil de 2002, eis que decorre do valor social da livre iniciativa e da função social da propriedade, previstos expressamente na Constituição da República de 1988.

Esse princípio prevê uma limitação à liberdade contratual, exigindo que esta seja exercida com observância de suas consequências públicas, sendo certo que inexistente contrato que não afete a coletividade. Conforme os dizeres de Humberto Theodoro Júnior: “a função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes)”. (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 31).

No mesmo sentido, Antônio Junqueira de Azevedo (1998):

A ideia de *função social do contrato* está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o *valor social da livre iniciativa* (art. 1º, inc. IV); essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interesse às partes, desvinculado de tudo o mais. (AZEVEDO, 1988, p. 116).

Leonardo de Faria Beraldo discorda que a função social dos contratos corresponda à uma limitação à liberdade contratual, sendo um limite à liberdade de contratar. (BERALDO, 2011). Ao citar aqueles que defendem o posicionamento já mencionado de Humberto Theodoro Junior e Antônio Junqueira de Azevedo, justifica:

Sendo assim, caso a razão esteja com os autores acima elencados, poderá o juiz modificar o conteúdo do contrato, pois este é, a grosso modo, o sentido de liberdade contratual. E modificar de que maneira? Ora, de algum jeito que se chegue àquilo que, na visão da maioria da doutrina e da jurisprudência, seja a função social do contrato.

A liberdade de contratar, por sua vez, está ligada à celebração ou não de contratos. Em outras palavras, poderia a lei ou o magistrado, sem ferir o ordenamento jurídico, determinar que uma pessoa pactue ou não um contrato? (BERALDO, 2011, p. 51)

Em que pese o entendimento acima, importante frisar que o mesmo não corresponde a posição adotada pela maioria dos doutrinadores que encaram a função social dos contratos como uma limitação da liberdade contratual.

De toda sorte, independentemente do entendimento preconizado, fato é que o individualismo inconsequente e a autonomia irrestrita não encontram guarida no Estado Democrático de Direito, que privilegia os ditames da justiça social. Nesse sentido, “o contrato possui um valor social e não pode ser visto como objeto individual” (BERALDO, 2011, p. 52).

Leonardo de Faria Beraldo entende que a função social da propriedade não é fundamento da função social do contrato, “por se trataram de figuras completamente distintas” (BERALDO, 2011, p. 49). Em sentido diverso, Claudio Luiz Bueno de Godoy afirma que a função social do contrato é uma projeção da função social da propriedade:

Sendo a função social do contrato uma projeção da função social da propriedade, de que verdadeiramente se origina, é bom acentuar que a propriedade, hoje, vem explícita na Constituição como direito e garantia individual, por isso seu acesso, pelo contrato – e aí a histórica ligação entre ambos os institutos – deve ser democratizado (art. 5º, XXXIII). Por outra, tal se dá na exata medida em que o contrato funcionalizado instrumentaliza a aquisição dos bens vitais à pessoa humana, mas, da mesma forma, marcado pela necessidade de atendimento não só do interesse da parte como também ao atendimento de interesses e valores sociais. E tais valores sociais encontram-se, primeiro, na própria Constituição. (GODOY, 2004, p. 122).

De fato muito se tem dito sobre a função social dos contratos, sendo certo, que, por muitas vezes, este conceito torna-se demasiadamente abstrato, sendo invocado por juristas e julgadores para promover julgamentos equivocados. Este

excesso de abstração muitas vezes prejudica a segurança, devendo ser buscado um equilíbrio entre a liberdade de contratar e a função social do contrato:

Não há dúvida de que o contrato de hoje não é mais o mesmo que era na época do liberalismo, todavia, faz-se mister impor limites à atuação do magistrado. A liberdade contratual, por exemplo, deve ser respeitada pelo magistrado, sob pena de se comprometer a segurança jurídica das relações privadas, e, conseqüentemente, efeitos nefastos no mercado podem surgir. A sociedade urge por uma interpretação do art. 421 do CC/2002 que traga parâmetros e limites mínimos de como se dará a aplicação nos casos concretos. O empresário não pode ficar à mercê da incerteza e da polêmica, sendo inevitável a estabilização do seu conteúdo pela jurisprudência, que, claro, far-se-á com base da doutrina. A palavra que está nos faltando ultimamente, ao se discorrer sobre função social do contrato, é uma só: previsibilidade! (BERALDO, 2011, p. 111).

Sobre a atitude do poder judiciário frente a um contrato que não cumpre a sua função social, professa Humberto Theodoro Júnior que:

Se o contrato não cumpre sua função social, isto é, se revela ofensivo a direitos de terceiros ou agride interesses de ordem pública caros ao consenso da sociedade e se mostra incompatível com comandos cogentes do direito positivo, ao juiz compete aplicar-lhe a sanção da nulidade ou da ineficácia, conforme o caso. Se isto não for suficiente para evitar o prejuízo de terceiros, a tutela aos prejudicados consistirá em impor aos infratores a responsabilidade civil, sujeitando-os ao ressarcimento próprio dos atos ilícitos. (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 145-146).

Então, caso o contrato se desvie de sua função social, deverá incidir uma sanção jurídica, pois a realização de um acordo de vontades sem observar esse princípio atinge o campo da ilicitude.

6.4 Função social da empresa

Conforme já exposto, exercer uma função social significa atingir um objetivo útil, não apenas para os sujeitos diretamente envolvidos, mas também para a sociedade. Ademais, “considerando a função econômica da empresa como fonte geradora de riquezas, impostos, emprego e lucro, não é certo dizer que, só por funcionar, a empresa cumpre sua função social” (MAGALHÃES, 2007, p. 345).

Nesse sentido, a função social da empresa não consiste – apenas – em manter a atividade empresarial como geradora de empregos, tributos e riquezas.

Defende-se uma compreensão mais ampla da função social da empresa, no contexto do Estado Democrático de Direito.

A empresa, no mundo atual, tem extrema importância, gerando reflexos imediatos na coletividade. Ela concentra a prestação de serviços, fornecimento de bens, geração de empregos, coleta dinheiro para o Estado – por meio da arrecadação fiscal – bem como contribui para a constante e crescente interligação da economia de mercado.

Dessa forma, possui relevante poder sobre a ordem econômica nacional e global, eis que representa uma fonte inesgotável de parcerias. Ademais, não se pode mais aceitar uma visão obtusa, alheia à função social da empresa. Sobre a importância da empresa, Ana Frazão de Azevedo Lopes sugere:

A empresa é vista como instituição cuja importância transcende à esfera econômica e passa a abarcar interesses sociais dos mais relevantes, como a própria sobrevivência e o bem-estar dos trabalhadores que para ela prestam seus serviços e dos demais cidadãos que dividem com ela o mesmo espaço social. (LOPES, 2006, p. 119).

O homem, no contexto do Estado Democrático de Direito, é visto, necessariamente, em integração com a coletividade, razão pela qual as restrições aos interesses individuais em face da sociedade são inerentes a toda atividade econômica.

Então, a empresa, ao reunir enorme capacidade de influência perante a coletividade, não pode ser tratada apenas como uma produtora de riqueza, mas também como um poder. Este – o poder – não traz somente direitos, mas também obrigações. Dessa forma, deve ser exigida da mesma uma proporcional – e correspondente – responsabilidade social. Neste sentido, assevera Eduardo Tomasevicius Filho:

A função social da empresa constitui o poder-dever de o empresário e os administradores da empresa harmonizarem as atividades da empresa, segundo os interesses da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres, positivos e negativos. (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 40).

O empresário possui uma relação de propriedade para com os bens de produção, bem com o estabelecimento. Sobre a relação entre função social da propriedade e empresa, Ana Frazão de Azevedo Lopes observa:

O poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos. Portanto, a ênfase da função social desloca-se da propriedade para o poder de organização e controle que a empresa exerce sobre pessoas e sobre bens de produção. (LOPES, 2006, p. 124).

Ademais, todas as sociedades empresárias são constituídas através de um contrato, com exceção das sociedades por ações. E, ainda, todas as relações entre o empresário e as pessoas ou entidades por ele afetadas ocorrem por meio de contratos.

Diante do liame contratual, bem como da relação de propriedade, ambos com normas positivadas que determinam o cumprimento de uma função social, percebe-se a inseparável ligação da empresa com o exercício de uma função social. Ademais, “se a atividade da empresa estava relacionada à utilização da propriedade e do contrato, é inequívoco que as transformações sobre estes institutos trariam reflexos diretos sobre ela própria” (FRAZÃO, 2011, p. 97).

Nesse sentido, os contratos influenciam-se uns aos outros, bem como os direitos de propriedade. Então, se toda atividade econômica organizada para obtenção de lucros parte da utilização da propriedade e de relações contratuais, pode-se afirmar que a função social da empresa decorre da função social da propriedade e da função social do contrato. É o que se extrai das ponderações de Ana Frazão de Azevedo Lopes, segundo as quais:

Decorrencia necessária do reconhecimento da função social da propriedade e da função social do contrato foi a posterior discussão sobre a função social da empresa, como instituição cuja importância só aumentara no século XIX, não só no âmbito econômico, mas também no político e no social. Com efeito, a empresa assumira o papel de célula social catalisadora de aspirações, de anseios de prosperidade; de credora e, ao mesmo tempo, devedora da comunidade, o que evidenciava a sua natureza como comunidade de trabalho e de capital. Se toda atividade da empresa partia da utilização da propriedade e do contrato, é inequívoco que as transformações sobre estes institutos teriam reflexos diretos na própria empresa. Por outro lado, a sua crescente importância fez com que uma

atenção especial fosse conferida aos bens de produção. (LOPES, 2006, p. 113-114).

A respeito do tema, Sérgio de Abreu Ferreira afirma que a função social da empresa “deve ser compreendida no feixe de interesses composto pela propriedade e pelos contratos (empresário, empregados e consumidores), que se entrelaçam a partir de sua razão estruturante” (FERREIRA, 2009, p. 518).

Ressalte-se que a Carta Magna de 1988, ao estabelecer a função social da propriedade, em seu artigo 5º, inciso XXIII⁷⁹, bem como no artigo 170, inciso III⁸⁰, indiretamente, definiu essa mesma função à empresa, a partir da principal razão de sua existência, que é a circulação de riqueza, nesta, incluída, a propriedade. Neste sentido, Eros Roberto Grau afirma:

O princípio da função social da propriedade ganha substancialidade precisamente quando aplicado à propriedade dos bens de produção, ou seja, na disciplina jurídica da propriedade de tais bens, implementada sob o compromisso com a sua destinação. A propriedade sobre a qual os efeitos do princípio são refletidos com maior grau de intensidade é justamente a propriedade, em dinamismo, dos bens de produção. Na verdade, ao nos referirmos à função social dos bens de produção em dinamismo, estamos a aludir à *função social da empresa*. (GRAU, 2008, p. 238).

Dessa forma, não basta o exercício da empresa, para cumprir a função social. O empresário deve exercer suas atividades visando o bem comum, sem praticar atos lesivos à coletividade.

Portanto, o mero funcionamento da empresa e da correspondente atividade empresarial, não é suficiente para garantir que sua função social seja atingida. Em outras palavras, existem limites à liberdade econômica e de busca pelo lucro – o que é salutar, diga-se de passagem, mesmo em uma economia de mercado. O que se impõe é que a empresa concilie – no que se tem delicado convívio - seus interesses particulares com interesses coletivos ou sociais constitucionalmente avalizados. (TAVARES, 2013, p.106).

A autonomia do empresário não é um completo exercício do livre arbítrio. Os atos empresariais não devem apenas evitar fins antissociais, mas, além disso, devem estar em conformidade com a razão pela qual a livre iniciativa foi garantida e reconhecida: busca da dignidade e da justiça social. Para Ana Frazão de Azevedo

⁷⁹ XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

⁸⁰ III - função social da propriedade;

Lopes, “a autonomia traz em si a necessária compatibilização entre a liberdade e a igualdade a partir de um critério de justiça” (LOPES, 2006, p. 232).

Dissertando sobre o tema, Pietro Perlingieri declara:

O exercício da empresa, atuado de acordo com o máximo de coordenação possível, isto é de programação, evitaria, *v.g.*, em termos de “segurança”, comprometer a saúde dos homens, o ambiente e, em geral, o equilíbrio ecológico (tome-se, como exemplo, o tema da economia de energia e as proibições contra as poluições e as sofisticações). Mais marcada deve ser, também no intérprete, a consciência de que o crescimento econômico e o conseqüente bem-estar (*benessere*) quando não preservam a qualidade de vida, ou seja, a “liberdade” e a “dignidade humana”, não são progresso e desenvolvimento social e constitucionalmente valoráveis, mas se traduzem, antes ou depois, em um mal-estar para todos. (PERLINGIERI, 2007, p. 228).

O homem é um ser social por natureza e, por isso, a empresa, no Estado Democrático de Direito, deixa de ser vista apenas sob a perspectiva de uma atividade que busca apenas lucros. Posto isso, transforma-se em vínculo intersubjetivo, entre diversas pessoas e bens, a respeito da organização dos fatores de produção, atuando, também, com a finalidade de exercer uma função social.

Não se trata de uma simples busca ávida por lucros, mas sim o regular desempenho de uma atividade no interesse de todos que possam ser beneficiados ou prejudicados pela atividade empresarial. O direito individual da busca por lucros – principal escopo de toda atividade econômica – não é esquecido, eis que inerente a toda empresa. Nesse sentido:

A função social não tem a finalidade de anular a livre iniciativa nem de inibir as inovações na órbita empresarial, mas sim de assegurar que o projeto do empresário seja compatível com o igual direito de todos os membros da sociedade de também realizarem os seus respectivos projetos de vida. (FRAZÃO, 2011, p. 193).

Então, a empresa deixa de ser vista como instrumento de satisfação egoística dos sócios e administradores da sociedade empresária, e passa a ser analisada dentro de um contexto social, eis que, sob o contexto de um Estado Democrático de Direito, as atividades devem ser voltadas para a realização de valores como a liberdade e a dignidade e, por isso, não se permite que autonomia se confunda com alvedrio.

Apesar disso, não se pode esquecer a função primordial da empresa – busca por lucros – e nem que o empresário, da mesma forma que todo ser humano, é um maximizador de seus próprios interesses. Posto isso, tais características não podem ser desconsideradas, a pretexto de cumprir, unicamente, uma atividade assistencial. É neste sentido a observação de Rodrigo Almeida Magalhães, que sustenta:

Logo, a função social não tira a liberdade do indivíduo de agir de acordo com os próprios interesses, mas terá deveres com a sociedade determinados pelos princípios e normas jurídicas, positivadas ou não, limitando a autonomia privada em razão do bem comum. Diante do exposto, a sociedade só poderá exigir das empresas a função social das atividades que constituem objeto dela, ou seja, ligado a sua atividade econômica exercida. Não é possível exigir, com fundamento na função social, deveres para os quais as empresas não foram criadas, porque senão só teria deveres e não direitos. (MAGALHÃES, 2007, p. 343).

Uma sociedade empresária que não busca lucros não sobrevive, sendo certo que, se deixar de existir, causará, inevitavelmente, prejuízos para a economia, a qual, na atualidade, é interligada. Neste sentido, a empresa deve ser exercida com a observância de sua função social, que é diferente de uma função de assistência social, conforme sugere Ana Frazão de Azevedo Lopes, a partir dos seguintes dizeres: “A funcionalização dos direitos não pode violar, pois, o âmbito em que a pessoa deve atuar como ser autônomo, campos em relação ao qual não é lícito converter o indivíduo em meio para os fins sociais” (LOPES, 2006, p. 126).

Do mesmo modo, mitiga-se a liberdade de agir do empresário, mas ele ainda é livre no exercício de suas atividades – livre arbítrio que decorre da livre iniciativa – sem que o Estado interfira. Destarte, a intervenção estatal estará legitimada quando o empresário insistir em exercer seu alvedrio de modo socialmente prejudicial.

Dessa forma, a função social não destrói a liberdade do empresário e nem torna a empresa um simples meio para fins sociais, mesmo porque isso implica em ofensa à dignidade dos empresários, bem como violação à livre iniciativa. A função social não transforma uma sociedade empresária em órgão público. Sua finalidade é o de mostrar o compromisso e as responsabilidades sociais da empresa, sem deixar de lado a busca do bem social enquanto exerce atividade econômica. Neste sentido, a observação de Raquel Sztajn:

A racionalidade dos agentes, um dos postulados econômicos, que leva à procura da maximização de utilidades, e a eficiência alocativa, segundo essa visão, vão ao encontro da idéia de solidariedade e geração de bem-estar coletivo. (SZTAJN, 2005, p. 76).

A função social da empresa atua como um limite à livre iniciativa econômica, eis que o principal objetivo do empresário é o lucro. Ademais, na atualidade, quem possui maior capacidade de fornecer o bem-estar não é a Igreja, nem a família, muito menos o Estado, mas sim a empresa. Os empresários, cada vez mais, se interessam com a qualidade de vida de seus empregados, administradores e consumidores, bem como com toda a cadeia que é afetada por suas atividades, eis que isso será benéfico para a solidificação de sua atividade.

Tendo em vista que a Constituição da República de 1988 firmou no Brasil em Estado Democrático de Direito, com uma evidente exigência da busca de um equilíbrio entre o interesse individual e o coletivo, a função social da empresa insurge e se destaca, sobretudo a partir de suas relações com todos que podem ser por ela afetados.

Nesse sentido, após a Carta Magna de 1988, sem lugar a figura do *homo economicus* que, para Ana Frazão de Azevedo Lopes, pode ser definido como “um homem descontextualizado de sua cultura e hábitos, que age como maximizador racional e egoísta de prazer, orientando suas ações de forma estratégica e por meio de cálculos de utilidade” (LOPES, 2006, p. 302).

A respeito do *homo economicus*, Douglas Fischer entende que ele pode ser identificado como as pessoas que desafiam o Direito Penal Empresarial, os chamados delinquentes econômicos:

(...) parece mais aceitável o modelo de *homo economicus* para a delinquência que ora se analisa, na medida em que, pela natureza da prática criminosa, exercite o cálculo utilitarista dos custos e benefícios de suas práticas em face de eventuais consequências que possa sofrer acaso descoberto e punido. (FISCHER, 2006, p. 157).

No mesmo sentido, Filipe Azevedo Rodrigues afirma: “a teoria da escolha racional ou do *homo economicus* procura entender o criminoso como maximizador de incentivos em cometer ou não o delito” (RODRIGUES, 2014, p. 204). Portanto, não se trata de condenar as escolhas racionais, mas sim as alternativas que forem

utilizadas para preferir a delinquência econômica em face de eventuais consequências.

Ressalte-se que o princípio da função social da empresa impõe ao empresário o dever de exercer suas atividades em benefício da coletividade e não, meramente, de não o exercer em prejuízo de outrem. Destarte, a função social da empresa atua como forma de determinação da prática de comportamentos positivos – obrigações de fazer, portanto, e não, apenas, de não fazer – ao empresário. Ademais, “a função social da empresa também está associada à sua função econômica de gerar lucros, sem o que não haveria investimento” (FRAZÃO, 2011, p. 429).

Dessa forma, a função social da empresa é uma forma de compatibilizar a fruição individual da atividade econômica e o atendimento da sua função social, visando que os empresários não abusem do seu direito, no exercício da administração empresarial.

Sobre a função social da empresa, registra Eros Roberto Grau:

A função social da empresa – que suponho já estivesse embrionariamente postulada na contribuição de Courcelle-Seneuil, na afirmação da função social do comerciante, do proprietário e do capitalista – aparece indiretamente no art. 42 da Constituição Italiana: “É livre a iniciativa econômica privada. Não pode, todavia, desenvolver-se em contraste com a utilidade social ou de modo a causar dano à segurança, à liberdade, à dignidade humana. A lei determina os programas e os meios de fiscalização destinados à direção e coordenação da atividade econômica, pública e privada, para fins sociais”. Nele resulta consagrada, em sua integralidade – o segundo inciso da disposição autorizando a imposição de limites negativos e o terceiro a imposição de limites positivos à iniciativa econômica – a função social da iniciativa econômica, portanto a função social da empresa. O princípio está também consagrado no direito positivo brasileiro. O art. 154 e o parágrafo único do art. 116 da lei 6.404/76 referem, de modo expresse, respectivamente, a função social da empresa e a função social da companhia. (GRAU, 2008, p. 238).

Estabilizado o entendimento sobre a função social da empresa, cabe mencionar sobre qual o critério que deva ser utilizado para conciliar esse dever com o aspecto individual inerente às atividades econômicas. Para Ana Frazão de Azevedo Lopes, para essa necessária harmonização deve-se atentar para “a proporcionalidade e a ponderação entre os diferentes valores em conflito” (LOPES, 2006, p. 147).

Diante disso, pode-se afirmar que se trata da busca pelo interesse público de forma menos onerosa para o empresário. Então, as atividades econômicas devem visar benefícios para a coletividade, observados critérios razoáveis de proporcionalidade e ponderação, sendo certo que a busca pelo lucro – durante o exercício de atividade econômica – é perfeitamente conciliável com a imposição do exercício da função social. Neste sentido:

Os direitos individuais, atribuídos a cada cidadão, devem coexistir com os interesses/deveres superiores do Estado inscritos no texto constitucional e que, em tese, deve coincidir com os interesses coletivos. Podem e devem os direitos particulares ter vida e serem exercitados ao lado dos interesses gerais, procurando com estes não entrar em conflito. (LEAL, 1998, p. 118).

Portanto, desdobramento lógico da função social da empresa é a:

necessidade de que a atividade empresarial concretize e tutele os interesses constitucionalmente protegidos, com a consequente vedação ao abuso da livre iniciativa empresarial, que se projeta igualmente sobre o poder de controle e os poderes de administração. (FRAZÃO, 2011, p. 225).

Assim, salta aos olhos a ideia de que as atividades empresariais têm que servir como instrumento para a efetivação de um desejo coletivo. No contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro, interessa que o empresário atue sem causar prejuízos à coletividade e, ainda, contribuindo para a dignidade de todos.

6.5 Responsabilidade social

A responsabilidade social decorre da função social e, conforme observa Rodrigo Almeida Magalhães, “segundo entendimento de que a função social somente está ligada ao objeto da empresa, surge o termo responsabilidade social” (MAGALHÃES, 2007, p. 346). Neste sentido, Alexandre Husni assevera que:

Do cumprimento ativo da função social decorre a ideia de empresa socialmente responsável, que contribui para com a justiça social no campo das exclusões e o desenvolvimento sustentável de forma plena e espontânea, sem imposição legal. (HUSNI, 2007, p. 63).

Sobre o conceito de responsabilidade social, Eduardo Tomasevicius Filho ensina que:

A responsabilidade social das empresas consiste na integração voluntária de preocupações sociais e ambientais por parte das empresas nas suas operações e na interação com a comunidade. Além disso, seria uma forma de levar outras instituições a colaborar com o Estado na busca da justiça social, ao invés de ficar esperando que o estado tome providências nessas áreas. (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 46).

A responsabilidade social não é um compromisso exclusivo dos empresários, conforme se extrai das ponderações de Lilian S. Outtes Wanderley e Jane Collier, sobre o conceito de responsabilidade social empresarial, segundo as quais: “É o compromisso das empresas em contribuir para o desenvolvimento sustentável, juntamente com os empregados, suas famílias, a comunidade local e a sociedade como um todo, visando a melhoria da qualidade de vida” (WANDERLEY; COLLIER, 2000, p. 46).

É inegável que as variações nas condições econômicas dos empresários geram reflexos na comunidade onde estão inseridos. Além disso, dependendo do porte de uma sociedade empresária, a oscilação de suas condições financeiras pode influenciar no mercado de outras localidades, até mesmo em território estrangeiro, tendo em vista que a economia atual é globalizada e interligada.

Qualquer dano sofrido pelo empresário, em maior ou menor proporção, gera reflexos sociais e, por isso, todo empresário possui uma relevante responsabilidade social, eis que suas decisões influenciam a vida de um número indeterminado de pessoas.

Para Rodrigo Almeida Magalhães, o exercício da responsabilidade social consiste, especificamente, na decisão do empresário em contribuir, voluntariamente, para o desenvolvimento econômico sustentável, conforme se extrai de suas ponderações, segundo as quais: “O empresário voluntariamente decide contribuir com objetos distintos de seu âmbito de atividades para fazer uma sociedade mais justa, contribuindo para o desenvolvimento social e ambiental do país” (MAGALHÃES, 2007, p. 346).

Dessa forma, desempenhar a responsabilidade social consiste no exercício da autonomia privada dos sócios em contribuir, voluntariamente, para o desenvolvimento econômico sustentável da sociedade.

Maria Helena Diniz, ao dissertar sobre a responsabilidade social da empresa, registra que:

A empresa tem responsabilidade social e desempenha uma importante função econômica e social, sendo elemento de paz social e solidariedade, constituindo um instrumento de política social e de promoção da justiça social. Sua responsabilidade social a impulsiona a propiciar, com sua atividade econômica, comunicação mais aberta com seus colaboradores e com a coletividade, melhores condições sociais, garantindo sua sobrevivência no mercado globalizado, por ser fator decisivo para ser crescimento, visto que ganhará o respeito de seus colaboradores e consumidores e provocará sua inserção na sociedade. (DINIZ, 2009, p. 33).

Nesse sentido, pode-se afirmar que a prosperidade da empresa possui conexão com a prosperidade da comunidade em que está inserida. Ademais, a empresa afeta e é afetada por toda uma cadeia social, a qual pertencem os empregados, os sócios, os fornecedores, os consumidores, o mercado, o meio ambiente, enfim, toda a cadeia responsável pela própria razão de ser da empresa.

Nesse contexto, a responsabilidade social deve ser entendida como o respeito aos direitos e interesses dos que se situam em torno das empresas. Daí decorre a expressão *stakeholder*, conceituada no item 2.5.

A respeito do sentido do termo *stakeholder*, convém frisar novamente as ponderações de Luiz Antônio Ramalho Zanoti, segundo as quais:

A busca de uma sociedade sustentável impõe a conscientização dos empresários de que há uma comunidade no interior das corporações e no entorno destas, que é afetada, direta ou indiretamente, positiva ou negativamente, pelos impactos das decisões que os empresários tomam. Com efeito, no desempenho de suas atividades econômicas, as empresas se inter-relacionam com esses atores que são alvos das iniciativas éticas de seus negócios, os chamados *stakeholders*, vez que ela não se constitui num ente isolado da sociedade. (ZANOTI, 2009, p. 125).

Destarte, a responsabilidade social envolve atividades que geram benefícios para os *stakeholders*, não ligadas ao objeto social.

A responsabilidade social empresarial torna-se cada dia mais necessária, eis que a vontade do ser humano é ilimitada, os recursos são escassos e o Estado

optou por um raio mínimo de atuação, transferindo, destarte, para o âmbito privado, parte considerável da competência regulatória que lhe pertenceu. O Estado, incapaz de cumprir com todos os seus deveres perante a sociedade, é ajudado pelo empresário o qual, como maximizador de seus próprios interesses, buscará algum benefício econômico com esses atos. Ademais, o aumento desenfreado da busca por lucros pelo empresário, à custa de prejuízos sociais, ocasiona danos de difícil restauração pelo Estado.

O empresário somente exercerá responsabilidade social, contribuindo para o desenvolvimento social e ambiental do país, caso consiga obter benefícios com esses atos. Afinal, da mesma forma que todo ser humano, ele é um maximizador dos próprios interesses e somente agirá de certa maneira se tiver incentivos para isso. Neste sentido, as palavras de Stephen J. Dubner e Steven David Levitt: “os incentivos são a pedra de toque da vida moderna” (DUBNER; LEVITT, 2005, p. 15).

Por isso, ocorre a divulgação dos atos sociais, visando, com uma publicidade eficiente, atrair mais consumidores e grupos de interesse, satisfeitos em adquirir e divulgar produtos de um empresário que se preocupa com o bem-estar social. Dessa forma, ocorre aumento na circulação de riquezas. Ademais, com a prática de atos de responsabilidade social, o empresário, não raras vezes, obtém benefícios fiscais.

Sobre esses benefícios, Rodrigo Almeida Magalhães esclarece que:

A partir desses atos, as empresas ainda conseguem obter benefícios fiscais, ou seja, ao invés de pagar os impostos, elas investem na comunidade o capital que seria do Estado. Entretanto, esse direcionamento dos tributos não pode ser considerado como responsabilidade social, porque a empresa está investindo na sociedade um dinheiro que não é dela, e sim do Estado. (MAGALHÃES, 2007, p. 347).

Sendo assim, a responsabilidade social e a função social da empresa possuem íntima ligação com a ideia de desenvolvimento sustentável.

6.5.1 *Ligação entre responsabilidade social e função social*

Desde a Constituição da República de 1988, o liame entre a responsabilidade social da empresa e sua função social torna-se, cada vez mais,

ativa. Percebe-se diariamente o uso, pelos empresários, de atos com reflexos sociais como estratégia para se solidificarem no mercado.

Dessa forma, as atividades econômicas e sua função social refletem diretamente na coletividade. Toda a atividade empresarial afeta a sociedade, de forma positiva e negativa. Dos efeitos positivos, pode-se citar geração de empregos, circulação de bens, pagamento de tributos, dentre outros. E, dentre os negativos, pode-se mencionar a poluição ambiental.

O empresário, visando tornar seus produtos ou serviços cada vez mais atrativos, busca demonstrar para a sociedade suas preocupações sociais, bem como o modo pelo qual tenta, ao máximo, reduzir as externalidades negativas inerentes ao exercício de atividade econômica. Tudo isso por causa da influência que a população consumerista tem quando quer prejudicar um empresário socialmente irresponsável. Nesse sentido, Robert Henry Srouer observa:

A sociedade civil reúne condições para mobilizar-se e retaliar as empresas socialmente irresponsáveis ou inidôneas. Os clientes, em particular, ao exercer seu direito de escolha e ao migrar simplesmente para os concorrentes, dispõem de uma indiscutível capacidade de dissuasão, uma espécie de arsenal nuclear. A cidadania organizada pode levar os dirigentes empresariais a agir de forma responsável, em detrimento, até, de suas convicções íntimas. (SROUR, 2003, p. 52).

No mesmo sentido de ligação entre responsabilidade social e função social da empresa, não se pode tolerar um desenvolvimento econômico desenfreado, não sustentável, eis que acabará atraindo muitas pessoas para grandes centros urbanos e, após, não será possível gerar empregos suficientes para todas elas. Então, haverá contribuição para as desigualdades sociais, com inevitável aumento da criminalidade e da exclusão social. E, diante disso ocorre redução do mercado consumidor, eis que várias pessoas buscarão mercadorias alternativas para satisfazerem suas vontades, como, por exemplo, produtos de origem ilícita.

Dessa forma, o desenvolvimento econômico, desvinculado da responsabilidade e da função social, não promove equidade e justiça social, muito pelo contrário. Gera um ambiente inseguro para investimentos, eis que os consumidores perdem poder aquisitivo. Ademais, o cidadão mais esclarecido opta por consumir de outras fontes, visando gastar seu dinheiro com quem contribuir para o meio social.

A atividade dos empresários encontra-se rodeada dos limites da ética e da legislação, sendo que o interesse social é uma questão importante a ser observada, eis que influenciará futuras escolhas das pessoas e dos entes que são afetados pela empresa.

Ademais, considerando sua crescente importância no meio social, a atividade empresária torna-se responsável por relevante parte da cobrança e do ônus da responsabilidade social. Dessa forma, fatores que, antigamente, eram de preocupação exclusiva do Estado, passam a ser responsabilidade, também, do empresário.

O empresário, pelo poder econômico que tem nas mãos, deve exercê-lo com responsabilidade, de modo que, acompanhado de todo poder, tem-se um dever de proporcional grandeza. Então, atualmente, o Estado divide responsabilidade com o empresário, o qual exercerá atividades em prol da sociedade.

Diante disso, pode-se dizer que a atividade empresarial contempla, também, atributo de serviço público, bem como está investida de relevante função social. Por isso, a empresa se reveste, até mesmo, de um *munus* público.

Com relação à expressão *munus* público, deve ser entendida como “encargo ou ônus, conferido pela lei e imposto pelo Estado aos cidadãos e aos membros de certas classes profissionais, em benefício coletivo ou no interesse da pátria ou da ordem social” (BUENO, 1996, p. 445).

Então, o crescimento econômico deve sempre estar ligado ao desenvolvimento social, para não deixar de lado o aclamado princípio da dignidade humana. O ser humano não pode ser desvalorizado a ponto de se tornar insignificante face aos objetivos das empresas, sob pena de infringir esse já citado princípio, previsto no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna de 1988.

6.6 Reflexos da função social da empresa

A atividade empresarial, tendo em vista sua inerente função social, gera incalculáveis reflexos que colaboram para o bem comum. Esse bem-estar ocorre não apenas para os sócios, bem como para todos os *stakeholders*, podendo a empresa, destarte, afetar, toda a nação e, até mesmo, países estrangeiros.

Nesse sentido, pode-se mencionar, como alguns dos incontáveis reflexos positivos da função social da empresa, o fortalecimento da economia pela ampliação da circulação de riquezas, acréscimo de verbas para o bem-estar social, com o aumento dos tributos arrecadados pelo Estado, favorecimento ao consumidor, eis que terá a sua disposição maior variedade de produtos e a constante criação de oportunidades de negócios.

Dentre os inúmeros reflexos negativos decorrentes do desrespeito ao princípio da função social da empresa, pode-se citar: poluição ambiental, redução da arrecadação de tributos, redução de empregos e da circulação de riquezas, insegurança para os trabalhadores, prejuízos para os consumidores, aumento das desigualdades sociais e regressão da economia.

Dessa forma, a função social da empresa, a qual resulta de exigência da ordem econômica prevista na Carta Magna de 1988 é fundamental, dentro de um contexto de um Estado Democrático de Direito, para que seja efetivada a busca pela justiça social, bem-estar coletivo, bem como tudo o que emanar do princípio da dignidade da pessoa humana.

Do exercício da função social da empresa – e também da responsabilidade social – extrai-se que o empresário deve respeitar os direitos e interesses de tudo que se envolve com a atividade econômica. Como esclarece Humberto Theodoro Júnior,

Nenhuma figura jurídica pode ser vista como entidade desvinculada da realidade social e econômica. A dimensão jurídica não é isolável da complexidade do comportamento humano em sociedade, envolvido que se acha dito comportamento por um emaranhado de forças e condicionantes, dentro do qual não se mostra viável, nem racional, isolar-se o fenômeno jurídico como se tratasse de uma realidade completamente autônoma, capaz de resumir-se às regras da lei e sua exegese pelos técnicos do direito. (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 4-5).

Posto isso, fundamental explicar sobre os indivíduos, entes ou grupos que são influenciados ou que influenciam a atividade econômica empresarial. São os chamados *stakeholders*.

A busca por um desenvolvimento sustentável, na acepção de que o desenvolvimento econômico deve estar atento com os ditames da justiça social, exige que o empresário se conscientize da evidente afetação – positiva ou negativa,

direta ou indireta – perante os *stakeholders*. Isto porque os empresários não são entes isolados na comunidade, pois se inter-relacionam, a todo o momento, com toda a coletividade.

O exercício de atividade econômica, sem respeitar a função social da empresa, constitui um abuso de direito, conforme se extrai das ponderações de Ana Frazão de Azevedo Lopes, segundo as quais:

O exercício do poder econômico que não gera nenhuma forma de distribuição de riqueza ou dos benefícios da atividade econômica é abusivo, pois, nesta hipótese, a função social da empresa certamente não estará sendo cumprida. (LOPES, 2006, p. 295).

Destaque-se que a função social da empresa não exige apenas determinadas abstenções em benefício da coletividade, mas impõe prestações ativas e positivas em favor dos interesses sociais.

Desta forma, as decisões diárias dos empresários, quando do exercício da empresa, na busca por lucro, são extremamente importantes, na medida em que afetam uma infinidade de pessoas e o meio ambiente. Posto isso, fundamental mencionar sobre a função social da empresa perante os *stakeholders*, bem como diante do Direito Penal Empresarial.

6.6.1 Função social da empresa perante os consumidores

No Brasil, a condição de vulnerável do consumidor ficou clara após a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990). A respeito do conceito de consumidor, entende José Geraldo Brito Filomeno que:

O conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter *econômico*, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se assim que age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial. (FILOMENO, 2000, p. 26).

Então, na relação entre empresário e consumidor, a parte considerada vulnerável merece proteção específica, privilégios legais e preocupação do detentor do poder, seja ele econômico ou de informação.

Como a economia atual é globalizada, o empresário deve estar atento para atender um número indeterminado de consumidores, de diferentes partes do estado, país ou, até mesmo, do mundo. Com o aumento e diversificação dos bens e serviços que são lançados, deve o empresário se preocupar em orientar o consumidor, parte frágil da relação, para que o mesmo não seja prejudicado ao exercer seu papel na contribuição para a circulação de riquezas.

Uma distância intransponível entre fornecedor e os consumidores não tem espaço no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro. Ademais, faz-se necessária a intervenção estatal visando o equilíbrio nas relações consumeristas, quando o exercício da empresa for abusivo, ou seja, quando não observar a função social.

Nesse sentido, no artigo 170, inciso V, da Constituição da República, encontra-se previsto o princípio de defesa do consumidor. A proteção deste também está prevista no artigo 5º, inciso XXXII, *in verbis*: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Ressalte-se que o Código de Defesa do Consumidor é, atualmente, o maior responsável pela defesa do consumidor frente ao fornecedor de bens ou serviços.

Vale mencionar que o Código de Defesa consumerista é uma lei interdisciplinar, tendo dispositivos inerentes ao direito civil, processo civil e, até mesmo, direito penal. Ademais, conforme entende Luiz Antônio Ramalho Zanoti,

É possível afirmar que o Código de Defesa do Consumidor se constitui num dos elementos fundamentais para a consolidação do Estado Democrático de Direito eleito pelo país, pois se trata de um notável regulador da política nacional de relações de consumo, que tem por meta a valorização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cujo foco é o consumidor. (ZANOTI, 2009, p. 164).

Então, pode-se dizer que a função social da empresa possui inseparável ligação com os consumidores. É neste sentido a observação de Ana Frazão de Azevedo Lopes, que sustenta:

A própria Constituição já determina alguns dos princípios concretos que poderão nortear a função social da empresa, tais como a defesa do consumidor (art. 170, V), a proteção do meio ambiente (art. 170, VI), a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII) e a busca do pleno emprego (art. 170, VIII). Mas o debate sobre a função social não se esgota aí, exigindo uma análise mais abrangente da atividade econômica enquanto instrumento de realização de uma ordem justa e solidária. Não se pode esquecer que a função social da empresa tem como desdobramento a necessidade de que a riqueza e os benefícios gerados pela empresa não sejam apropriados apenas por ela, mas sejam repartidos, de maneira satisfatória, com a sociedade como um todo, incluindo aí empregados, consumidores e os cidadãos em geral. (LOPES, 2006, p. 295).

Diante desse liame, será legítima a intervenção estatal na relação de consumo visando combater eventuais abusos de poder econômico e desrespeito à função social da empresa, os quais, certamente, prejudicarão o consumidor, que continua detentor do direito à dignidade.

Vale frisar que, para a empresa cumprir sua função social perante os consumidores, não basta exercer atividade econômica sem prejudicá-los. O empresário tem o dever de exercer sua atividade em benefício da parte frágil da relação consumerista. Destarte, a função social da empresa atua como forma de determinação da prática de obrigações de fazer, e não, apenas, de não fazer, ao empresário. Como esclarece Sérgio Botrel:

O reconhecimento dos direitos do consumidor como direitos fundamentais confere nova direção ao desenvolvimento da atividade econômica. Isso porque fica imposto ao empresário um *dever de resultado*, no sentido de colocar no mercado de consumo produtos ou serviços seguros e que atendam às legítimas expectativas do destinatário final daquilo que é oferecido pelo empresário. Essas premissas genéricas são extraídas não só da exegese da cláusula geral de proteção do consumidor (CF/88, art. 5º, inc. XXXII) e da dignidade da pessoa humana, como do próprio sistema consumerista instaurado pela Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que regulamenta a limitação constitucional do art. 170, inc. V. (BOTREL, 2009, p. 55).

No mesmo sentido, Eduardo Tomasevicius Filho observa que:

A função social da empresa constitui o poder-dever de o empresário e os administradores da empresa harmonizarem as atividades da empresa, segundo o interesse da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres, positivos e negativos. (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 40).

Dessa forma, a empresa, para cumprir a função social, não basta se manter ativa. Ela deve exercer suas atividades visando o bem comum, sem praticar atos lesivos à sociedade. Então, “o cumprimento da função social, no seu aspecto positivo, não diz respeito apenas à ausência de prejuízos; mais do que isso, exige a existência de benefícios sociais” (LOPES, 2006, p. 281).

No mesmo sentido, Luiz Antônio Ramalho Zanoti sugere que “apenas pode ser considerada empresa socialmente responsável aquela que inclua o consumidor no foco de suas melhores atenções, como estratégia vigorosa de valorização da dignidade da pessoa humana” (ZANOTI, 2009, p. 169).

Apesar disso, existem empresários que abusam do poder econômico, numa busca por lucro, a qualquer custo. Estes empresários não éticos sonegam tributos, prejudicam de modo desenfreado o meio ambiente, desrespeitam os empregados, fornecem bens ou serviços de má qualidade para os consumidores, e, dessa forma, não se importam com as consequências malditas de suas atitudes diárias. Eles esquecem que o sucesso econômico, para durar muito tempo, não depende apenas de sua estrutura, mas, “de um conjunto de atores que, unidos, viabilizam esse mesmo negócio, sob uma perspectiva de curto, médio e longo prazo” (ZANOTI, 2009, p. 168).

No que diz respeito aos interesses dos consumidores a respeito da atividade empresarial, observa Sérgio Botrel:

Os consumidores se interessam pela liberdade de escolha; pela qualidade e justa relação entre qualidade-preço; pela informação verdadeira e clara sobre os produtos e serviços; pela garantia de segurança dos produtos e serviços prestados; e pela assistência pós-contratual. (BOTREL, 2009, p. 127).

Sobre a necessidade de preocupação com o consumidor, por parte do empresário, Luiz Antônio Ramalho Zanoti registra que:

Tal fato é decorrente do aumento do grau de exigência dos consumidores, os quais optam por produtos de boa qualidade, que não ofereçam riscos, que não causem transtornos à saúde, produzidos com respeito às normas trabalhistas e ambientais. (ZANOTI, 2009, p. 180).

Ademais, o sucesso empresarial e o desenvolvimento econômico possuem, como pilar, o consumidor, pois é ele o grande responsável pela circulação de riquezas, sem o qual nenhum mercado sobrevive. Desta forma, privilegiar o consumidor é contribuir para um desenvolvimento econômico sustentável, de modo que conservará uma de suas bases de sustentação.

6.6.2 *Função social da empresa perante a comunidade*

Dentro do contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro, o empresário não pode ser visto como pessoa desvinculada da realidade social e econômica. Sua dimensão jurídica não é isolável das relações humanas em sociedade. Dessa forma e, pelo fato de o empresário ser dependente da comunidade, não se mostra racional que o mesmo se isole em uma fortaleza inexpugnável, eis que a sociedade influenciará no sucesso da atividade empresarial, pois também é responsável pela circulação de riquezas.

A respeito da função social da empresa perante a comunidade, observa Luiz Antônio Ramalho Zanoti:

Há um recíproco dever de fidelidade entre os sócios e a sociedade. O exercício do direito societário não é tão amplo a ponto de o sócio visar a interesses pessoais, em detrimento dos interesses sociais. Quem decide pela opção de investir seus recursos financeiros ou materiais numa atividade empresarial, na expectativa de que ela lhe proporcione lucros em forma de dividendos, deve ter conta que essa organização tem uma responsabilidade social para com os empregados, consumidores, meio ambiente, fornecedores, comunidade e o Estado, e que esse sócio tem também as mesmas responsabilidades. (ZANOTI, 2009, p. 181).

Então, a atividade empresarial, além de buscar o lucro, deve se preocupar com a comunidade em que está inserida. Destarte, é imprescindível que o objetivo econômico do empresário seja harmonizado com a necessidade de respeito à dignidade da pessoa humana. Neste sentido, Ana Frazão de Azevedo Lopes assevera que:

O esforço isolado do Estado para assegurar a justiça social é inócuo se a sociedade e os indivíduos que a compõem não assumirem a sua responsabilidade e a efetiva participação no processo. A função social da propriedade e da empresa não deixa de ser uma tentativa de inserir a

solidariedade nas relações horizontais entre os indivíduos, transformando-os em responsáveis pela efetiva realização do projeto de uma sociedade de membros autônomos e iguais, inclusive no que diz respeito à redução das desigualdades sociais. (LOPES, 2006, p. 253).

Se o empresário se isolar da comunidade, sem se preocupar com os efeitos da ausência do exercício da função social, deixará de garantir uma forma de prolongar, no tempo, suas atividades. Se ele planeja expandir ou manter sua atividade lucrativa, deve colaborar para a promoção do bem de todos, eis que, para um desenvolvimento sustentável, deve preservar “aquelas coisas nas quais se sustenta o desenvolvimento” (LORENZETTI, 1998, p. 576). É neste sentido a observação de Luiz Antônio Ramalho Zanoti, que sustenta:

A função social das corporações está ligada à sustentabilidade. Embora seja admissível que as corporações pugnem pela contabilização de lucros decorrentes de suas atividades empresariais, é imprescindível que este objetivo econômico seja conciliado com a necessidade de se preservar o meio ambiente e de se valorizar a dignidade da pessoa humana, até mesmo como forma de garantir a longevidade e a expansão de seus próprios negócios. (ZANOTI, 2009, p. 180).

No mesmo sentido, Ana Frazão de Azevedo Lopes observa que:

O equilíbrio entre a liberdade empresarial e o igual direito à liberdade dos demais membros da sociedade é extremamente delicado e envolve a questão da justiça social. Esta, por sua vez, não tem como ser reduzida a fórmulas fechadas e que sejam insensíveis ao processo democrático e ao contexto social e histórico em que é analisada. (LOPES, 2006, p. 279).

Sobre os interesses da comunidade a respeito da empresa, observa Sérgio Botrel:

A comunidade, por fim, tem interesse, sob o ponto de vista legal: no cumprimento das obrigações fiscais e no cumprimento da legislação; sob o ponto de vista social: na contribuição positiva para o desenvolvimento local e regional; no que respeita ao meio ambiente, na preservação dos recursos naturais renováveis e não renováveis. (BOTREL, 2009, p. 127).

Decorre da função social da empresa a necessidade de que o empresário não se aproprie, de forma isolada, das benfeitorias geradas pela atividade econômica. Esses benefícios devem ser repartidos, com toda a comunidade. A

necessidade dessa distribuição de ganhos também decorre do aumento da exigência da comunidade frente aos empresários, detentores de grande poder econômico e com enorme capacidade de afetação na sociedade em que estão inseridos.

Destarte, um empresário que se afasta da função social de sua atividade, necessariamente se afasta da comunidade.

6.6.3 Função social da empresa perante seus sócios e administradores

A empresa possui objetivo implícito de obtenção de lucro. Dessa forma, o empresário atua, diariamente, na busca de atividades lucrativas. Ocorre que o lucro só é legítimo quando o empresário exercer atividade econômica cumprindo a função social. Vale frisar que a empresa, quando exercida coletivamente, será explorada por uma pessoa jurídica, sendo representada por seus sócios.

Conforme entende Sérgio Botrel, os interesses dos sócios consistem em “basicamente, no aumento do valor da organização empresarial; na rentabilidade e liquidez de seus investimentos; na transparência nas operações e projetos; e participação e controle da gestão social”. (BOTREL, 2009, p. 127). E, os administradores “têm interesse em aumentar sua influência e prestígio; maximizar o valor da organização empresarial; desenvolver e colocar em prática suas ideias e capacidade; e participar dos resultados da atividade”. (BOTREL, 2009, p. 127).

Os administradores e os sócios detêm relevante poder econômico, razão pela qual devem ter responsabilidade, na mesma proporção desse poder, eis que podem causar danos a um número indeterminado de pessoas, ao Estado, bem como ao meio ambiente. O Estado deve se preocupar com o controle da atividade empresarial, eis que:

O poder exacerbado em mãos de um ou de poucos (minorias organizadas), pode resultar em iniciativas autoritárias, prepotentes, abusivas, pouco democráticas, que excluam, por exemplo, os acionistas que não participam do comando, na divisão dos lucros da empresa. (ZANOTI, 2009, p. 196).

Quem comanda a empresa são os administradores e, por isso, são detentores do efetivo poder de direção das atividades. Destarte, não podem se

esquivar da função social da empresa, sob pena de configurar abuso de direito. Dessa forma, estão, permanentemente, diante de difíceis decisões, eis que devem gerir a empresa no sentido de harmonizar os interesses dos sócios – otimização dos lucros – com o necessário e efetivo exercício da função social. E, além disso, devem respeitar os direitos fundamentais dos sócios. Sobre esses direitos, observa Sérgio Botrel:

Os direitos fundamentais dos sócios se resumem, basicamente, ao direito da liberdade de se associar (e de não permanecer associado), ao direito de propriedade (que incide não sobre o patrimônio social, mas sobre as quotas ou ações em que se divide o capital social) e ao direito de informação. A compreensão de que esses direitos devem ser qualificados como fundamentais é necessária para que se possa promover a sua conciliação com os demais direitos que gravitam em torno da empresa. (BOTREL, 2009, p. 57).

Sobre o abuso de poder, esclarece Luiz Antônio Ramalho Zanoti:

É o desprezo à lei e aos estatutos sociais da companhia, interpretando-os segundo interesses particulares, e não da pessoa jurídica, e nem da comunidade, com o intuito de se atingir a objetivos não-preconizados ou proibidos pelos mencionados institutos, desviando-se, como consequência, dos interesses dos acionistas e da sociedade como um todo. Portanto, o desvio de poder coloca a companhia em rota de colisão com a função social que dele se espera. A conclusão a que se chega é que o interesse da companhia deve prevalecer, e não os interesses pessoais e particulares do administrador. Nesse passo, a tarefa do administrador é pugnar para que os interesses sociais da empresa sejam atingidos, porém, deverá fazê-lo em perfeita harmonia com os do grupo social no qual ela está inserida. (ZANOTI, 2009, p. 195).

A legitimidade da busca por lucros, pelos sócios, através da empresa, depende do cumprimento da função social. Qualquer concepção alheia à função social não tem espaço dentro do contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro. Neste sentido, as seguintes ponderações:

Entende-se, com efeito, que o lucro faz parte do processo empresarial, porém só é legítimo quando a empresa, representada por seus acionistas ou cotistas, cumpre sua função social. Esta é a concepção contemporânea de empresa que remete aos sócios à sensibilização das necessidades sociais dos seus empregados, acionistas, fornecedores, consumidores, meio ambiente, Estado, e a comunidade que recebe os reflexos, tanto positivos quanto negativos decorrentes de toda e qualquer ação praticada pelo grupo empresarial. (ZANOTI, 2009, p. 196).

Posto isso, ao administrador cabe a preocupação com as necessidades sociais dos seus empregados, fornecedores, consumidores, meio ambiente, Estado, bem como de toda a comunidade que será afetada – positiva ou negativamente, direta ou indiretamente – por suas decisões e por toda e qualquer ação praticada.

6.6.4 Função social da empresa perante os empregados

Os empregados são peças chave no dia a dia da atividade empresarial, eis que eles, através da força de trabalho, compõem os fatores de produção, os quais, organizados, oferecerão ao mercado bens ou serviços. Diante da constitucionalização do direito privado, a dignidade do trabalhador impera frente ao aspecto monetário da relação de emprego.

Sobre os interesses dos empregados, assevera Sérgio Botrel que “os empregados têm interesse no salário; nas prestações previdenciárias; na higiene; na segurança; e na salubridade do ambiente de trabalho; na promoção profissional; e no desenvolvimento de suas personalidades” (BOTREL, 2009, p. 127).

A Constituição da República de 1988 – conforme o artigo 1º, incisos III e IV – elegeu a proteção da dignidade da pessoa humana e a valorização social do trabalho como condições fundamentais do Estado Democrático de Direito. Ademais, no art. 170 da Carta Maior existe a previsão de que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e que o pleno emprego deve ser protegido. Então, a dignidade do trabalhador deve prevalecer frente ao aspecto patrimonial da relação de emprego.

O postulado da função social da empresa exige que o empresário tenha compromissos sociais perante seus empregados, sendo que esses compromissos não se limitam ao regular e pontual pagamento de salários. Isso porque, conforme assevera Luiz Antônio Ramalho Zanoti,

O trabalhador é mais que um mero vendedor de sua força de trabalho, até mesmo porque essa força é finita, e invariavelmente se exaure muito antes do findar de sua vida biológica. Nem se pode dizer que o seu labor é tal qual uma mercadoria qualquer, que se adquire e se consome no processo produtivo. Sobre o ponto de vista contemporâneo, não se admite que a percepção óptica da empresa se limite à pugna pela maximização do lucro, alheia dos princípios supremos que consistem na plena valorização da

dignidade da pessoa humana, sob pena de, assim não o fazendo, se colocar a empresa em rota de colisão com o ordenamento jurídico pátrio. (ZANOTI, 2009, p. 162).

Então, o empresário, dentro de uma concepção privada contemporânea, que prioriza a valorização da dignidade da pessoa humana, além de proporcionar a satisfação das necessidades básicas do trabalhador, através do salário, deve oferecer um ambiente propício para que o empregado desenvolva suas habilidades e tenha prazer na realização de suas atividades. Assim, será considerado um empresário ético, condizente com o direito empresarial dentro do contexto do Estado Democrático de Direito. É o que se extrai das seguintes ponderações:

Portanto, empresa ética é aquela que oferece um ambiente moralmente gratificante para os seus empregados, na qual estes tenham prazer de conviver, e que possam desenvolver as suas potencialidades, as suas virtudes e os seus conhecimentos. (ZANOTI, 2009, p. 127).

Importante mencionar que a redução do salário dos empregados e o aumento do desemprego contribuem para a redução do consumo, a qual reduzirá a circulação de riquezas. Posto isso, o empresário, preocupado com o prolongamento – no tempo – de sua atividade, bem com o desenvolvimento sustentável, tem interesse na busca da geração de novos empregos e na melhoria das condições de trabalho já existentes. Nesse sentido, é plausível que os empresários busquem a redução de seus custos e o aprimoramento tecnológico dos meios de produção, contudo, é intolerável que esses progressos ocorram em detrimento da preservação da dignidade do homem.

A respeito da afinidade entre empresa e trabalho, assevera Luiz Antônio Ramalho Zanoti que:

O trabalho existe antes da empresa, e esta foi criada para racionalizar a forma com que ele era até então realizado, de maneira que ele tivesse o melhor resultado possível, mediante o emprego da menor força física e do menor consumo de matérias-primas, com menor custo final. Isso mostra, pois, que a empresa é uma instituição nitidamente humana, profundamente humana, porque é profundamente humano procurar a otimização. Contudo, esse processo de otimização deve privilegiar o desenvolvimento pessoal do homem, para que o trabalho seja realizado com prazer, e não como fonte geradora de recursos materiais para a satisfação das necessidades pessoais do empregado e de sua família. (ZANOTI, 2009, p. 190).

Ainda, para esse mesmo autor, existe a necessidade da colaboração mútua entre empregador e empregado, conforme se extrai das seguintes ponderações:

Embora seja até natural que existam divergências nas negociações entre empregadores e empregados, é de bom alvitre que, ainda assim, haja mútua colaboração entre as duas partes, para que prevaleça a paz na empresa, esta se mantenha em atividade, e o empregado disponha de uma condição satisfatória de vida, a fim de que a dignidade deste seja preservada. (ZANOTI, 2009, p. 152).

No mesmo sentido, as ponderações de Sérgio Botrel, a respeito da relação de codependência entre os trabalhadores e a empresa:

Com efeito, o primeiro centro de direitos fundamentais que depende do exercício da empresa diz respeito aos trabalhadores. A partir do momento em que se averigua que a exploração da empresa consiste na coordenação e organização de capital e mão de obra, fica nítida a relação de codependência existente entre esta (mão de obra) e a atividade desenvolvida pelo empresário. (BOTREL, 2009, p. 53).

Com efeito, além das proteções previstas no art. 7º da CR/88⁸¹, na CLT e em leis específicas, a dimensão ativa da função social também implica na “implementação de mecanismos para a distribuição dos resultados da atividade empresarial (participação nos lucros), bem como para a viabilização de iniciativas de co-gestão empresarial” (FRAZÃO, 2011, p. 195).

Ademais, o desemprego e condições desumanas de trabalho contribuem para o alcoolismo, o tráfico de drogas, prostituição, violência e, dessa forma, colaboram para um ambiente inseguro para investimentos necessários ao desenvolvimento econômico.

6.6.5 Função social da empresa perante o meio ambiente

A Constituição da República de 1988 determina como princípio norteador da função social da empresa, a proteção ambiental, nos termos do artigo 170, inciso VI, eis que a defesa do meio ambiente é um dos princípios inerentes à atividade

⁸¹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

empresarial na ordem econômica e social. Ademais, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito difuso, eis que “o meio ambiente é considerado um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida do homem” (ZANOTI, 2009, p. 173).

Sobre o reconhecimento da proteção ambiental como direito fundamental difuso, esclarece Sérgio Botrel:

A conscientização de que os recursos naturais não renováveis, e também os renováveis (como produtos agrícolas), podem tornar-se insuficientes para responder às necessidades de todos conduziu ao reconhecimento do direito ao meio ambiente como um direito fundamental de titularidade difusa. (BOTREL, 2009, p. 57).

A ocorrência de atos que prejudicam o meio ambiente como, por exemplo, a emissão de gases poluentes, aumento da quantidade de produtos não biodegradáveis, redução da vegetação, dentre outros, é inerente ao desenvolvimento econômico. Portanto, a tutela constitucional do meio ambiente diz respeito a uma utilização racional dos recursos ambientais, visando evitar danos desnecessários ou abusivos.

Dessa forma, a empresa deve ser exercida através de condutas ecologicamente corretas, em busca de um desenvolvimento sustentável. Neste sentido, as ponderações de Ricardo Luis Lorenzetti, segundo as quais:

Usemos o que necessitamos da natureza, mas assegurando que aqueles que venham depois de nós não sejam privados de tais bens. Por isso o desenvolvimento deve ser sustentável, deve poder manter-se e conservar aquelas coisas nas quais se sustenta. (LORENZETTI, 1998, p. 576).

A tutela ambiental também visa assegurar a todos existência digna, eis que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo. O postulado da função social da empresa, perante o meio ambiente, exige que o empresário compatibilize a busca por lucros – através da livre iniciativa e da livre concorrência – com o respeito ao meio ambiente.

Tendo em vista que preservar o meio ambiente envolve aumento de custos para o empresário e que este, como maximizador dos próprios interesses, sempre buscará otimizar e reduzir custos na produção, pode-se pensar que ele não se

importará com a natureza. Ocorre que, diante da previsão constitucional da tutela ambiental, tal postura é inaceitável. Nesse sentido:

É inadmissível que o desenvolvimento ocorra à custa da degradação da qualidade de vida de outros povos, gerando externalidades negativas, mesmo porque os recursos ambientais são finitos. Dessa forma, impõe-se ao Estado a tarefa de exigir das empresas que todo processo de evolução econômico-social seja realizado mediante a garantia de um planejamento de desenvolvimento sustentável, como forma de reduzir os conflitos entre crescimento econômico e proteção ambiental. (ZANOTI, 2009, p. 171).

Dessa forma, cabe ao Estado fiscalizar, criar incentivos e modos de desestímulo, para que o empresário atue como parceiro na preservação do meio ambiente, interagindo de forma harmoniosa com os ecossistemas. Ademais, conforme entendem Stephen J. Dubner e Steven David Levitt: “os incentivos são a pedra de toque da vida moderna” (DUBNER; LEVITT, 2005, p. 15).

Sobre a intervenção estatal e a criação de incentivos, de modo a direcionar a atividade empresarial para o desenvolvimento sustentável, Luiz Antônio Ramalho Zanoti observa que:

E o desenvolvimento sustentável ocorre quando se compatibiliza as necessidades do presente, mediante o uso parcimonioso dos recursos naturais, para não colocar em risco a satisfação das necessidades das gerações futuras. E a intervenção estatal será eficiente se o Estado se estruturar de forma adequada, para poder fiscalizar as ações da iniciativa privada. Exsurge, então, a necessidade de se positivar, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio poluidor-pagador, com a adoção de medidas tributárias que imponham custo ao agente poluidor, como compensação pelos danos ecológicos que produzir no meio ambiente. (ZANOTI, 2009, p. 171).

A defesa do meio ambiente está intimamente ligada ao direito à vida e, por isso, deve preponderar sobre considerações de desenvolvimento econômico desenfreado. Dessa forma, a proteção ambiental serve como orientação para que a atividade empresarial atenda à sua função social. Ademais, de acordo com as palavras de Sérgio Botrel, “o direito a um meio ambiente sadio constitui um direito fundamental que deve servir de limites ao exercício da empresa, como expressamente estatui o art. 170, inc. VI, da Constituição Federal” (BOTREL, 2009, p. 58).

Como a responsabilidade ambiental cabe a todos, não há dúvida de que “a atividade empresarial deve assumir deveres positivos em prol deste objetivo, bem como deve estar sujeita a inúmeras limitações tendentes à preservação dos recursos naturais e da chamada sustentabilidade” (FRAZÃO, 2011, p. 196).

Destarte, cabe ao Estado uma atuação preventiva, bem como repressiva. A primeira, através da educação e da conscientização social, para que o comportamento empresarial seja modificado para uma postura ética. Já a ação repressiva deve visar garantir uma justa indenização do empresário que agredir o meio ambiente, de forma abusiva, não racional. Tais atitudes se justificam eis que a sociedade, atual e futura, sofrerá consequências alarmantes de condutas agressivas ao meio ambiente.

Por isso, cabe ao Estado “a cobrança de compensação devida pela implementação de empreendimentos de significativo impacto ambiental” (FRAZÃO, 2011, p. 197).

Então, a busca por lucros, inerente à toda atividade empresarial, não deve – e nem poderia – ser descartada, porém, não pode colocar em risco a qualidade do meio ambiente, sendo certo que essa preocupação é inerente à função social da empresa.

Ao empresário também interessa agir de forma ética perante o meio ambiente, eis que suas atitudes ecológicas servem como valiosa propaganda, de modo a conquistar, cada vez mais, consumidores e, até mesmo, investidores. É neste sentido a observação de Luiz Antônio Ramalho Zanoti, que sustenta:

A adoção de uma política de gestão ambiental, por intermédio de ações concretas e legítimas, proporciona à empresa a possibilidade de se destoar das demais, o que lhe gera um diferencial estratégico de ser detentora de maiores vantagens competitivas, pelo fato de ter se antecipado àquelas. Vale frisar que essas ações apenas podem ser consideradas legítimas se forem transparentes e eficazes, compatíveis com a grandiosidade das metas a serem atingidas, livres da blindagem de objetivos escusos, que se limitam apenas a estratégias de *marketing* institucional. (ZANOTI, 2009, p. 178).

No mesmo sentido, as ponderações de José Carlos Barbieri:

O envolvimento das empresas com os problemas ambientais adquire importância estratégica à medida que aumenta o interesse da opinião pública sobre questões ambientais, bem como dos grupos interessados

nesses problemas: trabalhadores, consumidores, investidores e ambientalistas. (BARBIERI, 2004, p. 110).

Por isso, ocorre a divulgação dos atos ecológicos, visando, com uma publicidade eficiente, atrair mais consumidores e grupos de interesse, preocupados em adquirir e divulgar produtos de um empresário que se preocupa com o bem-estar social. Dessa forma, a escolha do consumidor, bem, como do investidor, será influenciada pela ética ambiental empresarial. Sobre a postura ecológica que vem sendo adotada, cada vez mais, por empresários, observa Sérgio Botrel que:

O que se pode exigir daqueles que se dispõem a explorar alguma atividade econômica é adotar uma “política ecologicamente adequada”, evitando lesões desnecessárias ao meio ambiente. Esse padrão de conduta, aliás, tem ganhado corpo não só no Brasil, como em todo o mundo. A conscientização da população sobre a importância de defesa do meio ambiente tem levado os agentes econômicos a investir em condutas ecologicamente corretas, que otimizam seus resultados. (BOTREL, 2009, p. 67).

Diante disso, pode-se dizer que o empresário, através de uma postura ambiental ética, atende à função social de sua atividade, bem como desempenha importante papel em benefício da coletividade. E, como maximizador de seus interesses, utilizará a melhoria da sua imagem perante a comunidade como forma de aumento dos lucros.

6.6.6 Função social da empresa perante o mercado

A livre iniciativa, da qual decorre o livre mercado, é um dos princípios constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, e, também, um dos fundamentos da ordem econômica. Dessa forma, ela fundamenta toda a estrutura dos ideais de liberalismo econômico e possui relevante destaque econômico constitucional.

O mercado, que pode ser definido como “uma abstração definida pela existência e entrelaçamento de forças aparentemente antagônicas, as da oferta e as da procura” (ROSSETTI, 2006, p. 439), está diretamente ligado à atividade empresarial. Isto porque ao empresário interessa oferecer ao mercado bens ou serviços, gerados

através da organização dos fatores de produção. Ademais, de nada adianta produzir se não houver ninguém para comprar.

A respeito de mercado, pode-se afirmar que “é a instituição que existe para facilitar a troca de bens e serviços, isto é, existe para que se reduzam os custos de se efetivarem operações de trocas” (COASE, 1988, p. 7). Dessa forma, os mercados “tornam eficiente a troca econômica” (SZTAJN, 2004, p. 29).

Ademais, “o mercado não existe sem o direito; seu desenvolvimento dar-se-á nos espaços deixados pelas regras jurídicas. (...) os princípios constitucionais são a fôrma que primeiramente moldará o mercado” (FORGIONI, 2009, p. 204).

O mercado envolve todos os *stakeholders*, e, ainda, contribui para a organização econômica da sociedade. Neste sentido, a observação de Rachel Sztajn:

Na medida em que se entenda mercado como uma instituição que vise a criar incentivos, reduzir incertezas, facilitar operações entre pessoas, fica clara a ideia de que mercados aumentam a prosperidade e, portanto, o bem-estar geral. (SZTAJN, 2004, p. 34).

O mercado é fundamental para a economia, tendo, de forma clara, uma relevante função social. É neste sentido a observação de Luciano Timm, que sustenta ser o mercado um meio que facilita as trocas, tendo a função social de viabilizar que os indivíduos possam satisfazer suas vontades, seja para sua sobrevivência, ou, então para sua comodidade. (TIMM, 2008, p. 85). Neste sentido:

O mercado, portanto, além de ser um fato social, é uma necessidade social. A sociedade contemporânea não consegue se estabelecer (muito menos atingir níveis adequados de vida) sem as práticas de mercado, porque as trocas sociais em espaços públicos físicos (como as feiras, por exemplo) ou virtuais (como as bolsas de valores eletrônicas) são consequências inarredáveis do ambiente de especialização verificado após o processo de divisão do trabalho, onde as necessidades ilimitadas e os recursos escassos – o conhecido problema central da Economia – exigem otimização. (TIMM; MACHADO, 2006, p. 4).

O livre mercado, decorrente dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, contribui para o bem-estar coletivo. É o que se extrai das ponderações de Rachel Sztajn, segundo as quais: “a liberdade de mercado atende aos interesses

de todos ao facilitar a oferta de bens e a concorrência entre agentes e, portanto, o incremento do bem-estar social” (SZTAJN, 2004, p. 26).

Vale frisar que é comum o empresário – detentor de poder econômico – obter lucros tirando vantagens de sua posição destacada no mercado. Esse fato, por si só, não denota qualquer irregularidade, sendo que o Estado deve reprimir as condutas que visem dominar o mercado, prejudicando a livre concorrência, bem como os atos de aumento abusivo de preços, lesando o consumidor. É neste sentido a observação de Luiz Regis Prado, que sustenta:

Ressalte-se que o poder econômico é um dado de fato inerente ao livre mercado, isto é, os agentes econômicos são necessariamente desiguais, uns mais fortes que os outros. Não seria possível ignorar ou pretender a eliminação desse poder. O que o Direito pode fazer é disciplinar o seu exercício, reprimindo certas modalidades de iniciativa que ameacem ou possam ameaçar as estruturas do livre mercado, *v.g.*, o domínio de mercados, a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário de lucros. (PRADO, 2004, p. 33).

O empresário, no exercício de sua atividade, cumprirá sua função social quando colaborar para um mercado lícito em que haja liberdade de escolha, dentro de um contexto da livre iniciativa e da livre concorrência. Somente através do respeito à função social da empresa será possível atingir um modelo de mercado que possibilite o regular exercício da autonomia da vontade, contribuindo, destarte, para o desenvolvimento econômico sustentável.

Portanto, o sucesso empresarial e sua inerente função social dependem do mercado, pois este é responsável pela circulação de bens ou serviços. A empresa que descumprir sua função social necessariamente prejudica o mercado, o qual também possui papel fundamental na sociedade.

A respeito da função social da empresa, fundamental expor as suas repercussões sobre a responsabilidade civil e penal do empresário. É o que se verá no próximo capítulo.

7 REPERCUSSÕES DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL DO EMPRESÁRIO

Atualmente, o crescimento econômico não mais pode ser compreendido de forma desatrelada ao desenvolvimento social, haja vista ser a dignidade da pessoa humana princípio basilar do ordenamento jurídico.

A Constituição da República de 1988 (BRASIL, 2013) preocupa-se com o bem-estar social não sendo este um conceito incompatível com a iniciativa privada. Essa visão do constituinte fica clara pela redação do art. 170⁸² da Carta Magna, na medida em que privilegia a livre iniciativa e a liberdade de concorrência, ao mesmo tempo em que protege a valorização do trabalho humano, para fins de assegurar a todos uma existência digna, segundo os ditames da justiça social.

Mesmo no âmbito empresarial, o ser humano deve ser valorizado. Então, a atividade empresarial além de perseguir o lucro, que é a sua razão de ser, deve buscar harmonizar seus objetivos com o bem comum. Ademais, “a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos”. (GRAU, 2008, p. 196).

Em capítulo anterior foi analisada a função social da empresa e seus reflexos, restando, no presente momento, analisar as consequências desse novo direcionamento da atividade empresária no que tange à responsabilidade do empresário.

⁸² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

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.

Antes de iniciar uma análise da responsabilidade civil decorrente da função social da empresa, é preciso compreender os fundamentos básicos para a responsabilização do empresário.

7.1 A independência da responsabilidade civil do empresário

O ordenamento jurídico concebe as sociedades empresárias como pessoas distintas da figura de seus sócios, havendo, conseqüentemente, uma separação patrimonial dos bens pertencentes à pessoa jurídica e dos pertencentes àqueles que a compõem, o que define o princípio da autonomia patrimonial. Dessa forma, a pessoa jurídica contrairá, em nome próprio, direitos e obrigações, devendo, portanto, garantir o cumprimento das responsabilidades assumidas com seu patrimônio.

Importante ressaltar que, tendo-se em vista que os sócios têm um prazo definido contratualmente para integralizar o capital que cada qual subscreveu, permanecerão devedores junto à sociedade, enquanto não integralizarem a parte do capital por eles subscrita.

Realizada a integralização do capital social, havendo impossibilidade de o patrimônio da sociedade empresária garantir por si só as obrigações contraídas, a lei prevê hipóteses de extensão dessa responsabilidade aos sócios que a compõem, de forma subsidiária e excepcional.

A extensão da responsabilidade da sociedade aos bens de seus sócios ocorrerá de forma automática para os casos de sociedades de responsabilidade ilimitada, tais como sociedades em comum, em nome coletivo, em comandita simples e em comandita por ações, as duas últimas apenas relativamente aos sócios comanditados.

Lado outro, nas sociedades de responsabilidade limitada, cujos exemplos são as sociedades limitadas e as sociedades anônimas, a extensão da responsabilidade aos sócios em valor superior ao capital social ocorre de forma não automática.

A lei define para os tipos societários as hipóteses em que o patrimônio particular dos sócios responderá solidariamente pelas dívidas contraídas, sendo

neste trabalho apontadas as hipóteses legais aplicáveis às sociedades limitadas e às sociedades anônimas.

7.1.1 *Responsabilidade nas sociedades limitadas*

A sociedade limitada é o tipo societário mais utilizado no Brasil, sendo essa preferência atribuída a duas de suas características básicas: a contratualidade e a limitação da responsabilidade dos sócios.

A contratualidade permite que os sócios pactuem com maior liberdade certas condições que balizarão a sociedade, sem o rigor das regras aplicáveis às sociedades anônimas.

De certo que a limitação da responsabilidade dos sócios é igualmente um grande atrativo para aqueles que querem exercer a atividade empresária, eis que o capital social, em regra, limitará a responsabilidade dos sócios, que responderão com seu patrimônio até o montante do capital social.

Fábio Ulhoa Coelho (2009b) define a limitação da responsabilidade dos sócios com um verdadeiro direito-custo, assim justificando tal denominação:

À limitação da responsabilidade dos sócios, na limitada, corresponde a regra jurídica de estímulo à exploração das atividades econômicas. Seu beneficiário indireto e último é o próprio consumidor. De fato, poucas pessoas - ou nenhuma- dedicar-se-ia a organizar novas empresas se o insucesso da iniciativa pudesse redundar a perda de todo o patrimônio, amealhado ao longo de anos de trabalho e investimento, de uma ou mais gerações. A limitação da responsabilidade do empreendedor ao montante investido na empresa é condição jurídica indispensável, na ordem capitalista, à disciplina da atividade de produção e circulação de bem ou serviços (COELHO, 2009b, p. 413).

Em regra, os bens particulares dos sócios, uma vez integralizado o capital social, não responderão pelas dívidas da sociedade (art. 1052 do Código Civil).⁸³

Ocorre que, em determinadas situações, há exceções à limitação da responsabilidade, permitindo-se que o patrimônio dos sócios seja atingindo em limite superior ao capital social. Como exemplo, pode-se citar a obrigação dos sócios e administradores pelos débitos fiscais da pessoa jurídica, quando houver falta de

⁸³ Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

pagamento de tributo devido e a distribuição de lucros ou de dividendos aos sócios. Outras hipóteses também ocorrem em casos de dívidas trabalhistas e previdenciárias.

Assim, verifica-se também que, em determinadas situações, os sócios de uma sociedade limitada responderão pelos débitos contraídos perante terceiros, em decorrência da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária.

Em que pese a separação patrimonial da pessoa jurídica e dos sócios que a compõem, em determinadas situações, com o intuito de evitar a fraude e o uso indevido da pessoa jurídica, o art. 50 do Código Civil de 2002⁸⁴ (BRASIL, 2009) possibilita a determinação judicial de extensão dos efeitos de uma obrigação aos bens particulares dos sócios, hipótese chamada de desconsideração da personalidade jurídica.

Assim, havendo abuso de personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, justifica-se o pleito judicial para desconsideração da personalidade jurídica a fim de que o patrimônio dos sócios responda pelas dívidas da sociedade empresária.

O Código de Defesa do Consumidor também prevê a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

⁸⁴ Art. 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.

Verifica-se, então, que a limitação da responsabilidade patrimonial dos sócios é de suma importância para incentivar o exercício da própria atividade empresarial, não podendo, contudo, ser a pessoa jurídica utilizada como supedâneo para a fraude, devendo sempre ser observada a finalidade da sociedade empresária.

No que se refere aos atos de gestão, o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2009), nos arts. 1.015⁸⁵ e 1.016⁸⁶, ao limitar os atos praticados pelos administradores, impõe a responsabilização em caso de prática de atos que contrariem o objeto social, bem como que causem prejuízos a terceiros, desde que apurada a culpa do gestor responsável pelo ato danoso. As deliberações societárias que igualmente ultrapassem as limitações do contrato ou que infrinjam lei sujeitam os deliberantes ao dever de reparação, nos termos do art. 1.080⁸⁷ do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2009).

Por fim, o art. 1.017⁸⁸ do mesmo diploma legal, prevê a responsabilidade do administrador que, contrariando as disposições contratuais da sociedade, aplicar créditos ou bens sociais em proveito próprio e de terceiros e, com isso, causar prejuízos. Dessa forma, a utilização de recursos financeiros da sociedade, pelo administrador, em proveito próprio ou de terceiros, gera dever de ressarcir os danos causados.

Conclui-se assim que a responsabilidade dos sócios e dos administradores está relacionada a situações de prática de atos contrários à lei ou ao contrato social e à desconsideração da personalidade jurídica.

⁸⁵ 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.

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.

⁸⁶ Art. 1.016. Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.

⁸⁷ Art. 1.080. As deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram.

⁸⁸ Art. 1.017. O administrador que, sem consentimento escrito dos sócios, aplicar créditos ou bens sociais em proveito próprio ou de terceiros, terá de restituí-los à sociedade, ou pagar o equivalente, com todos os lucros resultantes, e, se houver prejuízo, por ele também responderá.

Parágrafo único. Fica sujeito às sanções o administrador que, tendo em qualquer operação interesse contrário ao da sociedade, tome parte na correspondente deliberação.

Das previsões legais conclui-se claramente que a limitação da responsabilidade dos sócios na sociedade limitada deve ser encarada como um estímulo para viabilizar as atividades econômicas, e jamais como um escudo para acobertar a prática de atos considerados ilícitos ou que ultrapassem as limitações impostas pelo contrato social.

7.1.2 Responsabilidade civil do administrador nas sociedades anônimas

Conceitua-se sociedade anônima como aquela “com capital social dividido em ações, espécie de valor mobiliário, na qual os sócios, chamados acionistas, respondem pelas obrigações societárias até o limite do preço de emissão das ações que possuem” (COELHO, 2009b, p. 67).

Em comum com as sociedades limitadas, as sociedades anônimas igualmente caracterizam-se pela limitação da responsabilidade de seus sócios. Entretanto, uma característica que as diferencia dos demais tipos societários é a negociabilidade da participação societária, importante ferramenta para atrair investidores e propiciar captação de recursos. Por tais particularidades, as sociedades anônimas ou companhias configuram o tipo societário ideal para grandes empreendimentos econômicos, sofrendo, em razão dessa importância, maior interferência estatal manifestada por previsões legais mais severas, que impõem maior formalidade.

A administração da companhia cabe a seus gestores sendo estes as pessoas naturais que compõem o Conselho de Administração e a Diretoria. A Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações) impõe aos administradores os deveres de diligência, cumprimento das finalidades da empresa, lealdade e informação.

A Lei das Sociedades por Ações, em seu art. 158⁸⁹, dispõe que, em regra, o administrador não responde pessoalmente pelas obrigações que contrair em nome da sociedade, desde que o faça de acordo com as previsões legais e estatutárias.

⁸⁹ Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto.

Para tanto, há nos respectivos incisos I e II duas hipóteses de responsabilidade civil dos administradores da companhia: primeiramente quando ultrapassados os limites dos poderes e atribuições a eles impostas de forma a causar prejuízos a outrem bem como quando houver violação à lei ou ao estatuto social.

Em comentário ao art. 158 da Lei 6.404/76, Gil Costa Carvalho afirma:

Pelo inciso I se vê que, mesmo no exercício normal de suas atribuições, o administrador será responsabilizado, se caracterizada a sua culpa ou dolo na prática de determinado ou determinados atos. E toda vez que fugir ao cumprimento da lei ou do estatuto social, surgirá a sua responsabilidade. (CARVALHO, 1999, p. 491).

De fato, a responsabilidade do administrador deve ser analisada com bastante cautela, de forma a evitar injustiças, haja vista que a atividade empresária envolve risco.

Certas atividades, quando exercidas, implicam um risco à sociedade oriundo de sua própria natureza, podendo, em razão disso, para fins de responsabilidade civil do empresário, seja ele pessoa física ou jurídica, ser aplicado o art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002⁹⁰ (BRASIL, 2009). Todavia, se o risco é inerente à própria atividade empresária, os atos de gestão do administrador que efetivamente se limitarem aos interesses sociais da companhia não poderão sujeitá-lo à responsabilização pessoal pelos prejuízos causados. Nesse sentido:

A decisão informada, cumprindo os deveres de diligência e lealdade, pautada na boa-fé, dentro dos interesses da companhia, entendemos estar encampada, ainda que seja arriscada. Isso porque a desaprovação jurídica do risco criado (e conseqüentemente do resultado obtido) só ocorre quando o risco não é inerente à própria atividade. (TORRES, 2012, p. 87).

Todavia, a análise da ilicitude da conduta do administrador deve observar não somente obrigações legais específicas, mas a própria função social da empresa. A esse respeito, Henrique Abi-Ackel Torres entende que:

⁹⁰ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

o objeto da empresa se confunde com sua própria licitude, aprovado e registrado como foi, o respectivo Estatuto Social. Esse registro dá ingresso à empresa no mundo jurídico, incorporando-a ao esforço comum de produção e distribuição de riqueza e a torna, portanto, agente dos interesses coletivos. (...) É claro que qualquer empresa organizada irá buscar maximizar suas oportunidades de lucro, ainda que preocupada com questões sociais. A grande contribuição empresarial ocorre quando os administradores conseguem coordenar ações que deem lucro e tenha em vista os princípios esposados. (TORRES, 2012, p. 40-41).

Verifica-se, com isso, que o administrador não poderá ser responsabilizado por todo e qualquer prejuízo causado pela sociedade anônima a terceiros, respondendo, assim, pelos atos praticados que violem imposições legais bem como os deveres e limitações do Estatuto Social, tendo-se ainda como norte a função social da empresa.

7.2 Repercussões da função social da empresa sobre a responsabilidade civil do empresário

Nos primórdios de um Estado Liberal, a responsabilidade civil, conforme já exposto, se pautava na culpa, conferindo, assim, uma proteção restrita àqueles que sofriam danos, quer seja de natureza patrimonial ou moral.

Com a Revolução Industrial e conseqüente desenvolvimento econômico, automaticamente, os crescentes riscos das atividades econômicas implicaram em uma redefinição da dimensão da responsabilidade civil.

Nesse novo cenário social e jurídico, a culpa, como pressuposto da reparação, foi afastada em muitos casos, surgindo a responsabilidade civil decorrente dos riscos da atividade econômica. O foco da proteção jurídica deslocou-se do agente para o dano que passou a ser o núcleo justificador do dever de reparação.

As atividades econômicas a cada dia afetam a sociedade de inúmeras formas, eis que criam riscos a serem assumidos diretamente pela população. O impacto das mudanças no espaço urbano decorrentes das atividades de engenharia, a poluição e degradação ambiental, o impacto no trânsito advindo da implantação de grandes empreendimentos, enfim, são apenas alguns exemplos de como as atividades econômicas afetam a coletividade cotidianamente.

Os danos, antes considerados apenas individualmente, hoje atingem uma dimensão coletiva, como é caso dos danos aos consumidores e dos danos ambientais.

Sob um prisma contemporâneo, em que o público e o privado não devem ser considerados como conceitos antagônicos, a solidariedade social e a dignidade da pessoa humana encontram-se presentes como fundamento e justificativa da responsabilidade civil:

Liberdade e solidariedade. Como pensar que os conceitos não são conectáveis, não são alinháveis, não estão em situação de complementaridade: a ideia de que esses atributos são contrapostos não é senão uma ideia de pouca sustentabilidade. De certo que a imposição da solidariedade, se excessiva, anula a liberdade; a liberdade desmedida é incompatível com a solidariedade. Todavia, quando ponderados, seus conteúdos se tornam complementares: regulamenta-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um com o interesse geral, o que, reduzindo a desigualdade, possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade (HIRONAKA, 2009, p.192).

Aliado à migração do foco da responsabilidade civil, o direito empresarial moderno assume uma nova perspectiva com a ideia da função social da empresa. Com efeito, “os princípios da ordem econômica constitucional podem ser tutelados pela responsabilidade civil, especialmente por meio da vedação ao abuso de direito” (FRAZÃO, 2011, p. 232).

Caso o empresário abuse no exercício da livre iniciativa ou de qualquer outro direito, poderá ser responsabilizado pelos danos causados. Ana Frazão afirma que a “violação dolosa ou culposa dos princípios constitucionais elencados pode ser considerada ato ilícito, inclusive para o fim de determinar o ressarcimento dos danos a partir daí apurados” (FRAZÃO, 2011, p. 232).

Por isso, eventual desrespeito à função social da empresa configura abuso no exercício da livre iniciativa, podendo submeter o empresário ao ressarcimento dos danos causados.

Nesse sentido, o art. 187 do CC/2002⁹¹ (BRASIL, 2009) prevê que há ato ilícito quando o titular de um direito o exerce excedendo manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

A pessoa jurídica, como parte integrante da ordem econômica nacional, submete-se aos ditames do art. 170 da Constituição da República (BRASIL, 2013), bem como aos princípios enumerados nos incisos I a IX, em especial os da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da busca do pleno emprego e da valorização do trabalho humano. Nesse sentido:

Importante consequência da função social da empresa é a existência de limites explícitos e implícitos ao exercício da atividade empresarial, correspondentes aos princípios previstos no art. 170 da Constituição. Os referidos princípios repercutem, de forma inequívoca, na disciplina da responsabilidade civil, na medida em que albergam interesses que devem ser buscados e tutelados no exercício da atividade empresarial. Caso isso não ocorra, estará havendo abuso no exercício da livre iniciativa empresarial, inclusive para o fim de sujeitar a companhia, ou seus gestores, conforme o caso, ao ressarcimento dos danos daí decorrentes. (FRAZÃO, 2011, p. 220)

Note-se que os princípios constitucionais do art. 170 da Constituição da República devem ser respeitados por todos aqueles que explorem qualquer atividade econômica, seja pessoa física ou jurídica, de natureza pública ou privada, em atendimento à função social que deve nortear as suas atividades.

Os empresários, como sujeitos ativos da atividade econômica, não podem ignorar que a sociedade tem uma função social e, portanto, deve aprimorar suas relações com os agentes com que se relaciona. Assim, a sociedade empresária assume compromissos sociais com seus empregados, consumidores, fornecedores, meio ambiente e com o próprio Estado.

Nesse novo contexto, não se pode mais conceber que os sócios de uma sociedade empresária se escondam sob o escudo da pessoa jurídica para furtarem-se da responsabilidade por danos causados aos indivíduos e à coletividade.

Diante disso, o princípio da autonomia patrimonial deve ceder espaço a outros princípios reputados mais relevantes pelo próprio Estado, evitando, assim, que a pessoa jurídica seja utilizada indevidamente como instrumento de vantagens

⁹¹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

peçoais e busca incessante do lucro, em detrimento dos anseios sociais e das consequências da atividade empresária para a coletividade.

O desvio da finalidade é um dos fundamentos para a desconsideração da personalidade jurídica, assim como a confusão patrimonial, de forma a estender o dever de reparação civil aos sócios da sociedade empresária, a teor do art. 50 do Código Civil de 2002⁹² (BRASIL, 2009).

O citado diploma legal impõe ainda aos administradores de uma sociedade limitada, bem como aos sócios deliberantes, o dever de reparar os prejuízos causados a terceiros, decorrentes de uma conduta que contrarie o objeto social ou a lei. Em outras palavras, o legislador infraconstitucional buscou mais uma vez evitar o uso indevido da pessoa jurídica dissociado de sua função social.

Não só os sócios respondem pelas condutas lesivas que contrariem a função social da empresa, mas a própria pessoa jurídica que, no desempenho regular de sua atividade, venha pôr em risco interesses ou princípios fundamentais para a coletividade e para o Estado ou atentar contra eles. É o que ocorre nos casos envolvendo danos causados ao consumidor e ao meio ambiente.

A função social, no caso de sociedade anônima, foi expressamente prevista pelo parágrafo único do art. 116 da Lei 6.404/76, *verbis*:

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

(...)

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Sobre o citado art. 116 da Lei 6.404/76, Rodrigo Almeida Magalhães ensina:

Apesar de o artigo se referir somente ao acionista controlador, ele se aplica a todo controlador. O controlador deve orientar a sociedade para fazer com ela cumpra o seu objeto e ainda sua função social, ou seja, fazer com a

⁹² Art. 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.

companhia, além de gerar lucros para os acionistas, gere benefícios para a comunidade em que está inserida. (MAGALHÃES, 2011, p. 235).

O art. 116 da Lei 6.404/76 recebe críticas da doutrina, porque traz expressões que dificultam a identificação de um abuso de poder pelo operador do direito. Ora, “como saber se uma determinada atitude do controlador é desleal ou não atende a sua função social? Como conciliar o interesse da companhia com o interesse da coletividade?” (MARGONI; GUERREIRO, 2013, p. 488). “Não há, na lei, elementos que sirvam, ao menos com balizamento, para se concluir se determinada companhia está ou não cumprindo sua função social” (CAMPOS; COSTA; NUNES, 1999, p. 351).

Fran Martins defende que a lei poderia ser mais específica, esclarecendo que o acionista controlador não deve exercer seu poder na sociedade “em detrimento dos interesses sociais nem dos interesses dos que participam da companhia” (MARTINS, 2010, p. 405). Ademais,

sendo o acionista controlador um fiscal dos atos da administração, por ter voz decisiva na assembleia geral, deve exercer os seus poderes no sentido de que administração social seja realizada de modo a serem atingidos os fins da sociedade, não permitindo ou aceitando atos que visem a prejudicar os interesses dos demais acionistas ou que firam o objeto da companhia. (MARTINS, 2010, p. 405).

Além das críticas anteriormente mencionadas, o art. 116 da Lei nº 6.404/76 também recebeu elogios, sendo esse dispositivo considerado uma importante inovação: “a lei, acertadamente, não apenas inovou ao instituir, no art. 116, a figura do acionista controlador, impondo-lhe deveres, como também ao especificar, no art. 117, as principais modalidades de abuso de poder, e a responsabilidade por danos delas decorrentes” (CAMPOS; COSTA; NUNES, 1999, p. 353).

O art. 117 § 1º, alínea ‘a’, da Lei 6.404/76⁹³, impõe que o acionista controlador da companhia seja responsabilizado pelo abuso de poder praticado, sendo este configurado, dentre outras hipóteses, quando praticado ato com fim

⁹³ Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

§ 1º São modalidades de exercício abusivo de poder:

a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;

estranho ao objeto social. Destarte, “é sujeito da sanção o acionista controlador, ou seja, apenas aquele que preenche os requisitos estabelecidos no artigo anterior” (CAMPOS; COSTA; NUNES, 1999, p. 353).

A respeito do tema, Rodrigo Almeida Magalhães destaca:

o art. 117, §1º da Lei 6.404/76 elenca, a título exemplificativo, uma série de atos praticados pelo controlador que serão considerados abusivos e do qual resultará para ele responsabilidade patrimonial, além da possível penal, pelos danos causados. (MAGALHÃES, 2011, p. 235).

Portanto, as hipóteses do §1º do art. 117 da Lei 6.404/74 “têm caráter exemplificativo e não taxativo”. (CAMPOS; COSTA; NUNES, 1999, p. 354).

Importante destacar que a responsabilidade estabelecida no art. 117 da Lei 6.404/76 é exclusivamente cível e não afasta eventual responsabilidade na esfera penal.

A observância das exigências do bem público e da função social da empresa igualmente foi imposta ao administrador da sociedade anônima pelo art. 154⁹⁴ da citada lei, o qual responderá pessoalmente pelas obrigações que contrair em nome da pessoa jurídica nas hipóteses de art. 158⁹⁵. A esse respeito, Fran Martins explica:

Os administradores, mesmo realizando o objeto social dentro dos interesses da companhia, devem sempre levar em consideração o bem público e a função social da empresa, que deve ser um organismo atuante no seio da comunidade em que está radicada. Por tal razão, os que a administram deverão desempenhar suas atribuições não com o intuito exclusivo de obter lucros para a sociedade mas, igualmente, de atender às exigências do bem público, visto como à empresa cabe desempenhar, também, função social. (MARTINS, 2010, p. 576).

Destaque-se que busca o legislador impor ao administrador determinado padrão de comportamento, devendo esse gestor, em sua atuação, buscar o interesse da companhia, como indica Gil Costa Carvalho: “interesse que não se

⁹⁴ Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

⁹⁵ Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto.

restringe apenas à obtenção de lucro imediato, mas também deve compreender o crescimento da empresa e a formação de sólida reputação” (CARVALHO, 1999, p. 478). A respeito do tema, esse autor comenta:

Todos os administradores, sejam conselheiros, sejam diretores, têm que se valer dos poderes que a lei e o estatuto lhe atribuem, com olhos fitos no interesse da companhia, interesse que não se restringe apenas à obtenção de lucro imediato, mas também deve compreender o crescimento da empresa e a formação de sólida reputação. Mas o atingimento de tais escopos não pode se processar com sacrifício de valores sociais. (CARVALHO, 1999, p. 478)

Nesse sentido, Rodrigo Almeida Magalhães conclui que o poder do acionista controlador não pode ser utilizado apenas para a produção e para partilhar os resultados com os acionistas: “ele tem uma função social a desempenhar, garantindo o bem-estar para os acionistas, os empregados e a comunidade em que está inserida”. (MAGALHÃES, 2011, p. 236).

O art. 927, parágrafo único, do Código Civil⁹⁶ (BRASIL, 2009), prevê a responsabilidade objetiva quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Já o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2009), em seu art. 12⁹⁷, também prevê a responsabilidade do fabricante, produtor, construtor e importador, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos do produto ou serviço.

Outro exemplo é a reparação civil prevista na Lei 7.347/85 (BRASIL, 2009) que disciplina a ação civil pública por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, possibilitando ao Ministério Público e a outras entidades mencionadas apurarem supostos riscos ou efetivos danos ao meio ambiente bem como buscarem a efetiva reparação ou prevenção.

⁹⁶ Art. 927. (...). Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁹⁷ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

A respeito do tema, Ana Frazão (2011) afirma:

Neste aspecto, a consolidação da responsabilidade objetiva dos agentes econômicos foi e é nítido instrumento de realização da função social da empresa, na medida em que impõe aos primeiros a plena assunção do risco empresária, protegendo aqueles que sofrem danos em razão das atividades empresariais e possibilitando, dessa maneira, a realização da justiça distributiva. (FRAZÃO, 2011, p.114-115).

Com efeito, é evidente a relação entre a responsabilidade objetiva e a função social da empresa, uma vez que “a primeira visa à imputação de responsabilidade pelo risco empresarial, por razões de equidade e justiça distributiva, àquele que o criou ou dele tira proveito” (FRAZÃO, 2011, p. 198).

Dúvidas não restam de que o fundamento para esses casos de responsabilização da pessoa jurídica ou de seus sócios decorre do princípio da função social da empresa, eis que busca alinhar os objetivos e atividades do empresário ao bem comum e aos fins sociais de um Estado Democrático de Direito, visando proteger a coletividade dos danos decorrentes da atividade empresarial.

7.3 Repercussões da função social da empresa sobre a responsabilidade penal do empresário

Conforme já exposto no item 5.3, o Direito Penal Empresarial, ou Penal Econômico, visa a tutelar a atividade econômica desenvolvida numa economia de mercados livres.

Através da inflação legislativa penal que ocorreu no fim do século XX, percebe-se que o legislador preocupa-se, cada vez mais, com a regulação da atividade empresarial, prevendo sanções penais para várias práticas que lesem interesses difusos.

O termo “inflação legislativa penal” reflete a desvalorização da atuação do Direito Penal em situações fáticas desnecessárias, ofendendo o princípio da intervenção mínima. Também chamada de inflação legislativa, apoia-se em um Direito Penal simbólico, que prejudica a força intimidativa das sanções penais. Com isso, leva o Direito Penal ao descrédito. Por isso, o Direito Penal deve ser tratado,

não como *prima ratio* (primeiro recurso), mas como *ultima ratio* na solução de conflitos. (LEITÃO JÚNIOR, 2011). Então, repudia-se a “inflação penal” e o Direito Penal simbólico.

A respeito das repercussões da função social da empresa sobre o Direito Penal Empresarial, pode-se afirmar que o empresário, ao maximizar seus interesses, deve estar atento para que sua atividade econômica exerça função social. Nesse sentido, as palavras de Rachel Sztajn:

A racionalidade dos agentes, um dos postulados econômicos, que leva à procura da maximização de utilidades, e a eficiência alocativa, segundo essa visão, vão ao encontro da ideia de solidariedade e geração de bem-estar coletivo. (SZTAJN, 2005, p. 76).

Importante lembrar que o empresário somente irá pensar no bem-estar coletivo se isso não significar prejuízo, aumentando seus custos de modo não eficiente. O custo benefício sempre deve ser analisado, eis que inerente à atividade empresarial. Sobre o sentido de eficiência, importante citar as palavras de Bruno Salama: “Eficiência diz respeito à maximização de ganhos e minimização de custos. Dessa ótica, um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos” (SALAMA, 2008, p. 55).

Nesse sentido, percebe-se que um dos principais objetivos da tutela penal empresarial é assegurar que o exercício da empresa atenda à sua função social, contribuindo para o regular funcionamento do mercado, estabilidade econômico social e, conseqüentemente, para um desenvolvimento econômico sustentável. Isso tendo em vista que o legislador deu tratamento mais severo aos casos de ameaça a interesses econômicos coletivos, atendendo a um critério de proporcionalidade e razoabilidade das penas.

Pode-se afirmar que o ser humano, ao exercer atividade econômica organizada, irá analisar todas as conseqüências de seus atos, tendo em vista que age maximizando seus interesses em busca de lucros dentro de um mercado livre e globalizado. Por isso, para que o Estado consiga que o empresário atue exercendo função social, deve apresentar desestímulos e incentivos para direcionar e orientar as atividades econômicas.

Com relação aos incentivos, a pessoa primeiramente busca informações, para calcular o que ganha e o que pode perder com determinada escolha. A respeito dos desestímulos, vale frisar que o empresário sempre tenta antever as consequências de seu comportamento. Trata-se de uma análise de custos e benefícios, exercício diário na vida de quem exerce atividade empresarial.

Gary Stanley Becker, ganhador de prêmio Nobel da economia em 1992, desenvolveu em 1968, no artigo "*Crime and Punishment*", modelo matemático moderno de intimidação, rico em implicações sobre o comportamento criminal. Becker afirmou:

O pressuposto comportamental implícito à oferta de infrações - e também implícito à análise econômica do Direito Penal - é o modelo do ator racional. Atores individuais decidem se vão cumprir as normas penais comparando os custos e benefícios esperados pelo cumprimento da lei. Quando os benefícios esperados são inferiores aos custos esperados, o indivíduo decide infringir a norma (BECKER, 2008, p. 42, tradução nossa)⁹⁸.

Então, o empresário analisa todas as variáveis na hora de pensar em infringir ou não uma norma criminal. Ademais, enquanto uma pessoa decide se irá cometer um crime, ela analisa o possível benefício e a sanção prevista. Caso a sanção seja superior ao benefício esperado, e a pessoa decida não cometer o ato, pode-se dizer que ela foi dissuadida disso e o sistema preventivo funcionou da forma esperada (SHAVELL, 2000).

Nesse sentido:

Impõe-se ao Estado a obrigação de criar uma desvantagem que deve, em princípio, ser dimensionada em grau tão elevado que ela sobrepuje a vantagem. O dano esperado, isto é, o produto a partir da punição esperável e da probabilidade de ser punido, deve ser maior do que o lucro esperado, pois somente então quem cometer consciente e intencionalmente a violação do direito sabe que ela não compensa. (FISCHER, 2006, p. 156).

Por isso, partindo de uma análise econômica do Direito Penal, afirma-se que há uma racionalidade na conduta criminosa quanto ao cálculo das vantagens e

⁹⁸ *The behavioral assumption underlying the supply of offenses - and thus also underlying the economic analysis of criminal law - is the rational actor model. Individual actors decide whether to comply with criminal laws by comparing the expected costs and benefits of compliance. When the expected benefits of compliance fall below the expected costs, the individual offends.*

gastos que o ato delitivo gera ao autor do fato. Ora, uma pessoa somente praticará uma infração penal se a sanção esperada for inferior à vantagem, ou se valer a pena correr o risco (SILVA SÁNCHEZ, 2004, p. 11). Por isso, “o mecanismo específico de eficácia do Direito Penal – diferentemente do Direito Administrativo ou Civil – consiste em estabelecer custos muito superiores aos benefícios do delito” (FISCHER, 2006, p. 157).

Para exemplificar, pode-se mencionar a hipótese de um empresário que consulta um advogado criminalista para saber os cuidados necessários e possíveis consequências penais de determinada estratégia tributária, ou de uma exploração de atividade potencialmente poluidora.

A respeito da relação entre a função social da empresa e o Direito Penal Econômico, pode-se dizer que esse ramo penal visa a proteger a dignidade da pessoa humana, bem como desestimula práticas empresariais que prejudiquem os ditames da justiça social. Nesse sentido,

não se pode negar delitos econômicos especialmente graves causam aumento das desigualdades sociais, fomento de mais miséria e violência nas camadas mais baixas da população, por conta da exclusão social que daí decorre. (FISCHER, 2006, p. 164).

Paulo José da Costa Júnior e Cesare Pedrazze asseveram que o Direito Penal Empresarial protege a sociedade, bem como os bens envolvidos na circulação de riquezas, pois visa a “assegurar que seu patrimônio se destine à obtenção de escopos sociais” (COSTA JÚNIOR; PEDRAZZI, 2005, p. 16). Ainda, para esses autores,

a tutela das sociedades como pessoas jurídicas obedece a evidente interesse coletivo: dado o papel de protagonistas que assumiram no sistema econômico nacional, constitui interesse não apenas de seus sócios, mas de toda a Nação, que venham elas a ser geridas honesta e corretamente. (COSTA JÚNIOR; PEDRAZZI, 2005, p. 16).

A legitimidade da tutela penal empresarial se consolida no fato de que a empresa possui relevante função social e de que os recursos econômicos ligados à atividade empresarial se destinam a assegurar melhores condições de vida a todos. Dessa forma, o direito penal empresarial “tem por fim garantir a todos uma existência

digna, conforme os ditames da justiça social” (PRADO, 2004, p. 31), sob pena de ocorrer responsabilidade penal.

Então, o Direito Penal Econômico visa a orientar a intervenção do Estado na economia, com o objetivo de fazer valer a função social da empresa, a fim de punir e evitar que sejam realizadas práticas empresariais abusivas que destoem do contexto empresarial no Estado Democrático de Direito brasileiro. Nesse sentido, as palavras de Ana Frazão de Azevedo Lopes:

O direito certamente não pode esperar que a empresa deixe de buscar o lucro e a eficiência, pois isso seria subverter totalmente a racionalidade econômica existente, sendo previsível a ineficácia de qualquer norma que contivesse previsão semelhante. No entanto, o direito pode pretender regular e adequar a busca da eficiência e do lucro, estabelecendo critérios que direcionem o exercício da atividade empresarial em razão de normas e princípios jurídicos, inclusive para o fim de punir as condutas ilícitas. (LOPES, 2006, p. 268).

A delinquência econômica, motivada pela busca de lucros desmedidos, reflete um egoísmo exacerbado e completa desconsideração da função social da empresa. Então, sempre que ocorrer ofensa a uma norma do Direito Penal Empresarial, a função social da empresa não terá sido observada.

Dessa forma, para evitar que os sócios sejam responsabilizados penalmente, deverá ocorrer conciliação entre a busca por lucros e o respeito às normas inerentes ao exercício da função social.

Diante do que foi exposto, percebe-se que, desde a Constituição da República de 1988 - que fincou no Brasil o Estado Democrático de Direito - é importante refletir sobre as condições de vida, com foco na dignidade da pessoa humana.

Como nenhum indivíduo é possuidor de um castelo inexpugnável, o Direito Privado não é um direito dos particulares. Por isso, devem-se verificar os novos paradigmas do Direito Privado, sua ligação com o Direito Público, inclusive com o Direito Penal.

Quando houver ofensa a interesses difusos e os demais ramos do direito não forem suficientes para tutelar a ordem jurídica, o Direito Penal se revelará imprescindível para direcionar as condutas dos empresários, sob a luz da função social da empresa.

Destaque-se que a intimidação – resultante da prevenção geral negativa – não é a única via de prevenção. Por isso, afirma-se que “a prevenção de delitos não deve ser buscada só por meio da pura intimidação negativa, senão também, e sobretudo, mediante a afirmação (positiva) do Direito” (MOLINA; GOMES, 2012, p. 662).

Nesse sentido, o entendimento de Günther Jakobs:

Tarefa do Direito Penal é a manutenção (da vigência) da norma, como modelo orientador das relações sociais; conteúdo da pena, portanto, é a rejeição da desautorização da norma realizada por aquele que a violou (...); a função da pena, em consequência, é a prevenção geral mediante o exercício do reconhecimento da norma. (JAKOBS, citado por MOLINA; GOMES, 2012, p. 662).

Dessa forma, verifica-se uma relação do Direito Penal com a função social da empresa, de forma que existe mútua colaboração entre ambos. Nesse sentido, afirma-se que o Direito Penal Empresarial coopera para a redução de práticas empresariais que prejudiquem os ditames da justiça social.

Nessa toada, a autonomia privada do empresário e sua constante busca por lucros devem ser harmonizadas para contribuir com o bem comum.

Por isso, no contexto do Estado Democrático de Direito, com as repercussões da função social da empresa sobre o Direito Penal Empresarial, não há lugar para o *homo economicus*. Ora, a partir da concepção de criminoso como *homo economicus*, trata-se de “maximizador de incentivos em delinquir ou não” (RODRIGUES, 2014, p. 234). Portanto, não se condenam as escolhas racionais, mas sim as alternativas que forem utilizadas para preferir a delinquência econômica em face de eventuais consequências.

Tudo isso contribui para a decrepitude desse ser humano descontextualizado de sua cultura e hábitos, que age como mero maximizador racional e egoísta de prazer, orientando suas ações de forma estratégica e por meio de cálculos de utilidade individualista, sem consideração relacionada ao bem comum.

8 CONCLUSÃO

Durante o desenvolvimento, várias considerações foram apresentadas quando da abordagem dos tópicos que deram corpo à tese. Apesar disso, deve-se proceder ao registro daquelas que se configuram como as mais importantes, destacando, destarte, os principais fundamentos. Oportuniza-se, assim, acesso célere às conclusões obtidas, bem como às observações pessoais do autor, até mesmo para facilitar a compreensão e as merecidas críticas.

A proposta inicial foi baseada na crença no Estado Democrático de Direito, que exige a busca pelo equilíbrio entre o exercício da empresa e a necessária harmonização para buscar o bem comum. Um equilíbrio entre soberania e cidadania: o todo e cada uma das partes, o Estado e a pessoa.

Pela complexidade do tema, com certeza a discussão não está esgotada, mas contribuiu para um debate sobre a construção de um mundo melhor. Por isso, proporciona diálogo.

Conforme proposto na introdução, no início da tese dedicou-se a realizar as origens do Direito Empresarial, do mais primitivo comerciante ao empresário no Estado Democrático de Direito. Após, foi especificado que empresário é quem exerce, profissionalmente, atividade econômica organizada.

Por isso, foi adotada a teoria da empresa, de modo que empresa é a atividade exercida pelo empresário e o estabelecimento é o local onde essa atividade é exercida.

Após, foi exposto o conceito de publicização, que é considerado o processo de intervenção legislativa infraconstitucional. Destaque-se que a publicização do Direito Civil não modifica a natureza originária das relações privadas.

Quanto à constitucionalização do Direito Privado, considera-se que a Constituição é centro de referência de todo o ordenamento jurídico, funcionando como o núcleo de um imaginário fundacional da República. Por isso, as normas constitucionais condicionam todo o sistema, seja de direito público ou de direito privado.

Nesse sentido, pode-se afirmar que todos os ramos do direito estão ligados à Constituição e devem ser lidos a partir dela, como condição de validade para os atos.

A partir dos fundamentos expostos, percebe-se que a Constituição de 1988 exige uma postura mais ativa dos operadores do direito nas relações públicas ou privadas, porque até os particulares podem ser vinculados – de forma imediata – aos direitos fundamentais.

Portanto, com o Estado Democrático de Direito brasileiro, marcado pela Constituição de 1988, não se pode falar em Direito Privado separado dos direitos fundamentais. Ademais, os direitos fundamentais somente são decodificados por meio de uma perspectiva constitucional.

A análise dos princípios inerentes à empresa na ordem econômica e social conforme a Constituição de 1988 foi fundamental para demonstrar a junção entre os interesses capitalistas (valorização da livre iniciativa) e interesses sociais (valorização do trabalho e garantia de existência digna).

Com relação aos termos “função social da empresa” e “responsabilidade social”, percebe-se que o primeiro está ligado ao objeto social da empresa, e o segundo não.

E, tendo em vista que foi defendida uma dimensão ativa da função social da empresa, foi necessário delinear os elementos para a responsabilidade civil do empresário, bem como as fontes dessa responsabilidade: ato ilícito, abuso de direito, inadimplemento, sentença criminal, e outras fontes.

Nesse sentido, a responsabilidade civil é aplicada como regra em casos de desrespeito à função social da empresa. Por outro lado, a responsabilidade penal somente é admitida em último caso, devendo o Direito Penal ser tratado como direito de *ultima ratio*. A responsabilidade penal, portanto, somente incide observando-se rigorosos critérios de justiça, bem como somente é legítima – de acordo com a intervenção mínima – nos casos em que os demais ramos do direito se revelarem insuficientes para restabelecer a ordem jurídica.

Ainda com relação à responsabilidade penal, foi exposto o conceito analítico de crime – fato típico, ilícito e culpável – e os princípios que envolvem a responsabilidade penal: legalidade, individualização da pena, intervenção mínima, culpabilidade e pessoalidade da pena.

A análise do conceito de crime e dos princípios relacionados à responsabilidade penal foi muito importante para a compreensão do complexo tema que envolve a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Para essa discussão, foram estudados autores que admitem a responsabilidade penal da pessoa jurídica (*societas delinquere potest*) e que não admitem essa responsabilidade (*societas delinquere non potest*). Nesse estudo, verificou-se que a teoria da ficção jurídica é a mais adequada, porque a pessoa jurídica é desprovida de consciência e vontade.

Quanto à responsabilidade penal da pessoa jurídica, foi analisado recente julgado da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a qual, em 05 de agosto de 2013, adotou posicionamento divergente da firmada nos tribunais superiores brasileiros. Nesse precedente foi admitida a responsabilidade isolada da pessoa jurídica, dispensando a identificação e manutenção na relação jurídico processual de pessoa física, o que evitou imputação criminal a um ser humano que não provocou crime.

Também foi destacada a fundamentação produzida na ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* 83.554/PR. Nesse *Habeas Corpus* o Ministro Gilmar Mendes, em verdadeiro resgate da teoria da imputação objetiva, destacou que a relação da pessoa jurídica com o dano ambiental não significa, necessariamente, vínculo da pessoa física (administrador) com o crime ambiental. Sem comprovação de nexo de causalidade entre a conduta de uma pessoa física e o resultado (crime ambiental), não há que se falar em fato típico praticado pelo ser humano.

Especificamente, quanto à função social da empresa, foi importante relacioná-la aos seus destinatários (*stakeholders*), até mesmo para expor sua dimensão impulsiva e sua relevância no Estado Democrático de Direito. Percebeu-se que a propriedade, a posse, o contrato e, até mesmo, o poder de gestão, estão sujeitos à função social da empresa.

Não há dúvidas de que a exigência do cumprimento da função social é cercada de dificuldades. Merece destaque o problema de identificar o equilíbrio entre as dimensões individual e funcional da empresa. Trata-se de questão social relevante.

Como visto, a função social da empresa está ligada à sua função econômica de gerar lucros, empregos, recolher tributos e fornecer bens e serviços, mas não se resume nisso. O empresário deve exercer suas atividades visando ao bem comum, sem praticar atos lesivos à coletividade.

Conforme exposto, afirma-se que cumprir uma função social é atingir uma finalidade útil para a sociedade, e não apenas para as pessoas diretamente envolvidas. A função social da empresa determina uma limitação, no sentido de que legítimo será o interesse individual quando realizar o direito social, e, não apenas quando não o exercer em prejuízo da coletividade. Trata-se, portanto, de inserção de solidariedade nas relações entre pessoas.

Compreendeu-se que a responsabilidade civil dos empresários está relacionada a situações de prática de atos contrários à lei ou ao contrato social e à desconsideração da personalidade jurídica. Ademais, caso o empresário abuse no exercício da livre iniciativa ou de qualquer outro direito, poderá ser responsabilizado pelos danos causados.

Dessa forma, eventual desrespeito à função social da empresa configura abuso no exercício da livre iniciativa, podendo submeter o empresário ao ressarcimento dos danos causados.

Na esfera penal, tendo em vista que o legislador deu tratamento mais severo aos casos de ameaça a interesses econômicos coletivos, atendendo a um critério de proporcionalidade e razoabilidade das penas, conclui-se que um dos principais objetivos do Direito Penal Empresarial é assegurar que a empresa atenda à sua função social, contribuindo para o regular funcionamento do mercado, estabilidade econômico social e, conseqüentemente, para um desenvolvimento econômico sustentável.

Portanto, pode-se dizer que o Direito Penal Empresarial visa a proteger a dignidade da pessoa humana, bem como desestimula práticas empresariais que prejudiquem os ditames da justiça social, em sintonia com a função social da empresa. Esse ramo do direito orienta a intervenção do Estado na economia, com o objetivo de efetivar a função social da empresa, buscando punir práticas empresariais abusivas que destoem do contexto empresarial no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Por isso, afirma-se que o Direito Penal Empresarial coopera com a redução de práticas empresariais que prejudiquem os ditames da justiça social.

Vale frisar que o empresário somente irá pensar no bem-estar coletivo se isso não significar prejuízo, aumentando seus custos de modo não eficiente. O custo benefício sempre deve ser analisado, eis que inerente à atividade empresarial.

Diante das repercussões da função social da empresa, especialmente sobre o Direito Penal Empresarial, afirma-se que, no contexto do Estado Democrático de Direito, não há lugar para um *homo economicus* desvinculado das repercussões públicas de seus atos privados. Portanto, não são condenáveis as escolhas racionais, mas sim as alternativas que forem utilizadas para preferir a delinquência econômica em face de eventuais consequências, de natureza cível ou criminal.

Enfim, a função social da empresa e as suas repercussões sobre a responsabilidade civil e penal dos empresários obedece a evidente interesse coletivo: dado o papel de protagonistas do sistema econômico, constitui interesse não apenas dos empresários, mas de toda a coletividade, que a atividade empresarial seja desenvolvida honesta e corretamente, em prol do bem comum.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**; tradução Alfredo Bosi. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

AGUIAR, Henoch D. **Hechos y actos jurídicos: en la doctrina y en la ley**. V. IV, 1. *Actos ilícitos. Daños y acciones*. Buenos Aires: TEA, 1951.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Direito Civil: introdução**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. **Função Social da Empresa**. Direito-USF, julho-dezembro de 2000.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. **Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada**. São Paulo: Revista dos Tribunais; julho-setembro de 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado - Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento - Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual (parecer)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 750, abril/1998.

BACIGALUPO, Enrique (dir.). **Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

BACIGALUPO, Enrique. **La responsabilidad penal y sancionatória de las personas jurídicas em el Derecho europeo**. In: BACIGALUPO, Enrique (dir.). **Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 65-90.

BACIGALUPO, Silvina. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Barcelona: Bosch, 1998.

BARBIERI, José Carlos. **Gestão Ambiental Empresarial**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BECKER, Gary Stanley. ***Crime and Punishment: An Economic Approach*** (1968). In: LEVITT, Steven David; MILES, Thomas J. (coord.) ***Economics of Criminal Law. Economics approaches to Law***. Northampton: Edward Elgar, 2008, p. 3-51.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Função social do contrato: contributo para a construção de uma nova teoria**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BERNARDES, André José de Castro. **A responsabilidade civil objetiva tecnicamente aplicada**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral, 1**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOITEUX, Fernando Netto. **A Função Social da Empresa e o Novo Código Civil**. Revista de Direito Mercantil, n. 125. São Paulo: Malheiros, 2002.

BORGES, João Eunápio. **Curso de Direito Comercial Terrestre**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BOTREL, Sérgio. **Direito societário constitucional: uma proposta de leitura constitucional do direito societário**. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL, Código Civil (2002). **Códigos Civil; Comercial; Processo Civil e Constituição Federal**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL, Código Penal (1940). **Códigos 3 em 1 Saraiva: Penal, Processo Penal e Constituição Federal**. Obra coletiva de autoria de Editora Saraiva com colaboração de Luiz Roberto Cúria, Livia Céspedes, Juliana Nicoletti . 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil (1988). **Códigos 3 em 1 Saraiva: Penal, Processo Penal e Constituição Federal**. Obra coletiva de autoria de Editora Saraiva com colaboração de Luiz Roberto Cúria, Livia Céspedes, Juliana Nicoletti . 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em mandado de segurança 16.696/PR. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, **Diário de Justiça**, Brasília, 13 de março de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 83.554/PR. 2ª Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes, **Diário de Justiça**, Brasília, 28 de outubro de 2005

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 548181/PR**. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, recurso julgado em 06 de agosto de 2013.

BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. São Paulo: FTD, 1996.

BULGARELLI, Waldírio. **A teoria jurídica da empresa**. São Paulo: Atlas, 2000.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013.

CAMPOS, Gustavo Leopoldo Caserta Maryssael de; COSTA, Marcos da; NUNES, Mérces da Silva. **Acionistas**. In: VIDIGAL, Geraldo de Camargo; MARTINS, Ives Gandra da Silva. (coord.). **Comentários à lei das sociedades por ações**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 314-361.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARVALHO, Gil Costa. **Conselho de administração e diretoria**. In: VIDIGAL, Geraldo de Camargo; MARTINS, Ives Gandra da Silva. (coord.) **Comentários à lei das sociedades por ações**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 448-498.

CASSEB, Paulo Adib. **Constitucionalização do Direito Privado**. Revista da Faculdade de Direito da FMU, nº. 25. São Paulo, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. **Responsabilidade penal dos profissionais jurídicos: os limites entre a prática jurídica ilícita e a participação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito Penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da Argumentação Jurídica. Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHIRONI, G. P.. ***La culpa en el derecho civil moderno***. Tradução de A. Posada. 2 ed. Madrid: Hijos de Reus, 1907.

COASE, Ronald H. ***The firm, the market and the law***. Chicago: *The University of Chicago Press*, 1988.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 1: direito de empresa**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009a.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 2: direito de empresa**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009b.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 3: direito de empresa**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009c.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 20. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

COMPARATO, Fabio Konder. **A reforma da empresa**. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMPARATO, Fabio Konder. **Estado, Empresa e Função Social**. Revista dos Tribunais n. 732. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro de 1996, p. 38-46.

COMPARATO, Fabio Konder. **Função Social da Propriedade dos Bens de Produção**. Revista de Direito Mercantil, nº. 63. São Paulo: Malheiros, 1986.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; PEDRAZZI, Cesare. **Direito Penal Societário**. 3. ed. São Paulo: DPJ, 2005.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, v. 2

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. *In* Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Desenvolvimento_sustentavel> Acesso em 20 out. 2013.

DINIZ, Fernanda Paula. **A Crise do Direito Empresarial**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012a.

DINIZ, Fernanda Paula. **Sociedades empresárias entre cônjuges e os instrumentos de combate e prevenção à fraude**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012b.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 7: responsabilidade civil**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 8: direito de empresa**. 2. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

DUBNER, Stephen J.; LEVITT, Steven David. **Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta: as revelações de um economista original e politicamente incorreto**. 12 ed. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

DUGUIT, Leon. **Lãs transformaciones del derecho (publico y privado)**. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975.

ESTEFAM, André. **Direito penal, 1: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado**. In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FELIPETO, Rogério. **Reparação do dano causado por crime**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Antônio Ademir; REIS, Ana Carla Fonseca; PEREIRA, Maria Isabel. **Gestão empresarial de Taylor aos nossos dias. Evolução e tendências da moderna administração de empresas**. São Paulo: Pioneira, 1997.

FERREIRA, Eduardo Magalhães. **A empresa e a sua responsabilidade penal: a tutela da empresa a teoria da dupla imputação**. 2013. 115f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima.

FERREIRA, Sérgio de Abreu. **O princípio da autonomia privada e a função social da empresa**. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Direito Civil: Atualidades III. Princípios jurídicos no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 495-524.

FERREIRA NETO, Weser Francisco. **Fraudes Empresariais**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Capítulo I – Disposições Gerais, *in* GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.), *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 21-51.

FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e Estado Social e Democrático de Direito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 10 ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. **A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FORGIONI, Paula A. **A evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao comércio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael (coord). **Direito Penal Econômico: questões atuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRAZÃO, Ana. **Função Social da Empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Danos morais e a pessoa jurídica**. São Paulo: Método, 2008.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: parte geral**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GALVÃO, Fernando. **Imputação objetiva**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GALVÃO, Fernando. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. **Função social no Direito Privado e Constituição**. *In*: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coord.). **Função social no direito civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 18-38.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; OLIVEIRA, Andrea Leite Ribeiro de. **Função social da propriedade e da posse.** In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coord.). **Função social no direito civil.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 39-67.

GIANG, Vu Minh. **Renovação no Vietnã: crescimento, integração global e redução da pobreza.** In NUNNENKAMP, Peter *et al.* **Cadernos Adenauer IV (2003) nº 4. Experiências Asiáticas: modelo para o Brasil?** Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2003, p. 115-132.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito.** Tradução A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação *Calauste Gulbenkian*, 1979.

GODOI, Antonio Januzzi de. **Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: evolução na doutrina da ação e da culpabilidade.** In: JUNIOR, Walter Santos (Coord.). **Temas de Direito Sustentável.** Belo Horizonte: Legal, 2010, p. 52-68.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais.** São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 18ª edição, atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil.** 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1195 do Código Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

GRAYSON, David; HODGES, Adrian. **Compromisso social e gestão empresarial.** São Paulo: PubliFolha, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral. Volume I.** 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal.** 2 ed. Niterói: Impetus, 2006.

GULLO, Roberto Santiago Ferreira. **Direito penal econômico.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade civil, estado da arte, no declínio do segundo milênio e albos de um tempo novo**. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.); DONNINI, Rogério (Coord.). **Estudos em Homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, Cap. 9, p. 184-224.

HUSNI, Alexandre. **Empresa socialmente responsável: uma abordagem jurídica e multidisciplinar**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. 3 ed. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal – Parte general**. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2 ed. organização e tradução André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JESUS. Damásio de. **Direito penal, volume 1: parte geral**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KAISER, Günter. **Criminología: uma introducción a sus fundamentos teóricos**. Madrid: Espasa Calpe, 1978.

LAMOUNIER, João Maurício Penna. **Interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana**. In FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Direito Civil: Atualidades III. Princípios jurídicos no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 137-145.

LANA, Henrique Avelino. **Dissolução parcial nas sociedades limitadas: análise econômica sobre a inclusão do aviamento na apuração de haveres**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

LEAL, Rogério Gesta. **A função social da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. **O que se entende por inflação penal?** 2011. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2638575/o-que-se-entende-por-inflacao-penal-joaquim-leitao-junior>> Acesso em 03 jan. 2014.

LEVITT, Steven David; MILES, Thomas J. (coord.) **Economics of Criminal Law. Economics approaches to Law**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2008.

LIMA, Taísa Maria Macena de. **Princípios fundantes do direito civil atual**. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 241-258.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 197-217.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e Propriedade – função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LOPES, Jair Leonardo. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: o paradoxo de sua interpretação pelos tribunais brasileiros**. In XX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. (Org.). **Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Belo Horizonte - MG**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, v.1, p. 1336-1355. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XXencontro/Integra.pdf>> Acesso em: 13 dez. 2013.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **A autonomia privada e a função social da empresa**. In FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Direito Civil: Atualidades II. Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 339-348.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **O Controlador e sua Responsabilidade na Sociedade Anônima**. In: WALD, Arnoldo; GONÇALVES, Fernando; CASTRO, Moema Augusta Soares de (coord.). **Sociedade anônimas e mercado de capitais: homenagem, ao Prof. Osmar Brina Corrêa-Lima**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 225-237.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro, volume 5: teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2010.

MARGONI, Anna Beatriz Alves; GUERREIRO, Carolina Dias Tavares. **Exercício Abusivo do Poder de Controle e o Dever de Reparar o Dano**. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Dias Tavares. (coord.). **Direito Empresarial e outros estudos de direito em**

homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 475-493.

MARSHALL, Carla C. **A sociedade por quotas e a unipessoalidade.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARTINS, Fran. **Comentários à lei das sociedades anônimas.** 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio.** 30 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MATTIETO, Leonardo. **O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos.** In TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito civil constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 163-186.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MICHAELIS. **Dicionário da língua portuguesa.** São Paulo: Melhoramentos, 1998.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: parte geral.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Evolução e fontes do Direito Civil Brasileiro.** 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Fundamentos e Limites do Direito Penal.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo.** In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena.** 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral e especial.** 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PAULA, Carolina Bellini Arantes de. **As Excludentes de Responsabilidade Civil Objetiva**. São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil: teoria geral do direito civil**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010 (vol. I).

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Contratos**. 11 ed. atual. por Régis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2004. (vol. III)

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PEREIRA, Henrique Viana; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **Princípios Constitucionais do Direito Empresarial: a função social da empresa**. Curitiba: CRV, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Exclusão e retirada de sócios: conflitos societários e apuração de haveres no Código Civil e na Lei das Sociedades Anônimas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal do Ambiente**. 2 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações**. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. (coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 125-156.

REALE JÚNIOR, Miguel. **A Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. (coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 343-345.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial: 1º volume**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial: 1º volume**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROCCO, Alfredo. **Princípios de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1931.

ROCHA FILHO, José Maria. **Curso de Direito Comercial**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

RODRIGUES, Filipe Azevedo. **Análise Econômica da Expansão do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 20 ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2006.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **A pessoa jurídica criminosa**. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2005.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro, Renovar: 2002.

ROXIN, Claus. **Política Criminal y estructura del delito – Elementos del delito em la base a la política criminal**. Barcelona: PPU, 1992.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é “Direito e Economia”?**. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito & Economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 49-61.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. **A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual**. Revista de Direito Mercantil, n. 119. São Paulo: Malheiros, julho-setembro de 2000.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo Direito Societário**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite (org.) **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Eficiência e Direito Penal**. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 11. São Paulo: Manole, 2004.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **O princípio da função social do contrato**. 1. ed., 2 tir. Curitiba: Juruá, 2006.

SARMIENTO, Suzana. **Evento em Curitiba apresenta experiências bem sucedidas em Responsabilidade Social**. 2005. Disponível em <<http://www.setor3.com.br/jsp/default.jsp?tab=00002&newsID=a3908.htm&subTab=00000&uf=&local=&testeira=33&l=&template=58.dwt&unit=§id=185>>. Acesso em 13 dez. 2013.

SHAVELL, Steven. **El Derecho Penal y El Uso Óptimo de Sanciones No Monetarias como Medida de Disuasión**. In: ROEMER, Andrés (compilador). **Derecho y Economía: Una Revisión de la Literatura**. Cidade do México: Centro de Estudios de la Gobernabilidad y Políticas Públicas: Fondo de Cultura Económica: Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2000, p. 437-469.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Américo Luís Martins da. **Introdução ao Direito Empresarial**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Guilherme José Ferreira da. **A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 2012. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista60/revista60_143.pdf>, p. 143-155. Acesso em 06 jun. 2014.

SILVA, Guilherme José Ferreira da. **Incapacidade criminal da pessoa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 53, de 19/12/2006. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. 1 ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. **A Função Social e o Controle do Poder de Controle das Companhias**. Revista de Direito Mercantil, nº 135. São Paulo: Malheiros, 2004.

SROUR, Robert Henry. **Ética empresarial: a gestão da reputação**. 5. reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SZTAJN, Raquel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004.

SZTAJN, Rachel. **Law and Economics**. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (org.). **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 74-83.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional da empresa**. São Paulo: Método, 2013.

TEIXEIRA, Ricardo Augusto de Araújo. **Direito Penal de Emergência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito contratual brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. **Direito, mercado e função social**. 2006. Disponível em:
<http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Direito_Mercado_Funcao_Social.pdf> Acesso em 10 nov. 2013.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **A Função Social da Empresa**. Revista dos Tribunais n. 92. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril de 2003, p. 33-50.

TORRES, Henrique Abi-Ackel. **Responsabilidade dos Administradores de Sociedades Anônimas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

VALLE, Carlos Pérez del. **Introducción al derecho penal econômico**. In: BACIGALUPO, Enrique (dir.). **Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 29-52.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil (vol. IV)**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal. Tomo I**. Tradução de José Higinio Duarte Pereira. Atualização e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003.

WANDERLEY, Lilian S. Outtes; COLLIER, Jane. **Responsabilidade social das empresas: na busca do referencial teórico**. Revista Angrad. Rio de Janeiro, vol. 1, n. 2, out-dez, 2000, p. 40-51.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán**. Tradução de Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970.

WELZEL, Hans. **El Nuevo Sistema de Derecho Penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Trad. José Cerezo Mir. 2ª reimpressão. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. 3 ed. 1 reimp. Rio de Janeiro: 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Parecer a Nilo Batista sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. (coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 43-63.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro – II, i: Teoria do Delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZANOTI, Luiz Antônio Ramalho Zanoti. **Empresa na ordem econômica: princípios e função social**. Curitiba: Juruá, 2009.