

Luciana M. de Abreu Andrade

O DIREITO AO LUCRO PELO EMPRESÁRIO: UM DIREITO FUNDAMENTAL

NOVA LIMA

2011
Luciana M. de Abreu Andrade

O DIREITO AO LUCRO PELO EMPRESÁRIO: UM DIREITO FUNDAMENTAL

Dissertação apresentada ao Curso de Pós Graduação *Stricto Sensu*, da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito obrigatório para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Empresarial.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Bueno Cateb.

Dissertação intitulada “*O Direito ao Lucro pelo Empresário: Um Direito Fundamental*” de autoria da mestrando LUCIANA MARIA DE ABREU ANDRADE, para exame da banca constituída pelos seguintes professores:

Professor Doutor Alexandre Bueno Cateb
Orientador

Professor Doutor

Professor Doutor

Nova Lima, junho de 2011

*Dedico este trabalho à minha família, meu
pilar de sustentação.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço, sinceramente, a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram comigo, ao longo deste estudo.

Ao meu marido, pelo eterno incentivo e pelas profundas discussões acerca do Direito Empresarial.

À minha mãe pelo amor e apoio incondicional.

Ao meu pai, pelas longas viagens, por toda paciência e preocupação.

Ao meu irmão, meu exemplo, pelos sempre brilhantes ensinamentos.

À Cris pelo carinho e pelas hospedagens.

Ao meu orientador, Dr. Alexandre Bueno Cateb, por todo apoio ao longo do curso, pelos ensinamentos e pelo incentivo em desenvolver a temática deste trabalho. Ainda, por ter me apresentado à Análise Econômica do Direito e me inserido na Associação Mineira de Direito e Economia.

Aos demais professores do mestrado, por terem, certamente, proporcionado meu amadurecimento jurídico.

A todos os meus alunos que também me ensinam, dia a dia.

Aos meus parentes e amigos, por compreenderem as razões de minhas ausências.

A Deus por, certamente, me iluminar a todo momento, nesta minha paixão pelo Direito Empresarial.

Não conheço nenhuma fórmula infalível para obter o sucesso, mas conheço uma forma infalível de fracassar: tentar agradar a todos.

[JOHN F. KENNEDY](#)

RESUMO

O objeto deste trabalho é demonstrar a fundamentalidade do direito ao lucro pelo empresário à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Para tal, serão traçados, de forma paralela, um estudo aprofundado acerca de toda a sistemática dos direitos fundamentais, e uma pesquisa sobre o empresário e a empresa, à luz de conceitos jurídicos e econômicos, verificando-se a relação empresário - lucro.

A partir daí, no intuito de comprovar a hipótese de que o direito ao lucro pelo empresário é um direito fundamental, o estudo volta-se, exclusivamente ao ordenamento jurídico pátrio. Assim, será desenvolvida uma análise acerca da possibilidade do direito ao lucro pelo empresário revelar-se como um direito fundamental, à luz dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, dos princípios da ordem econômica nacional e do sistema econômico capitalista.

Por fim, valer-se-á da Análise Econômica do Direito para comprovar a necessidade do direito ao lucro pelo empresário ser compreendido como um direito fundamental, à partir da verificação de sua aplicação, que terá como fio condutor a Teoria dos Jogos.

| |
|---|
| <p>PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais, direito ao lucro, empresário, Estado Democrático de Direito, capitalismo, Análise Econômica do Direito</p> |
|---|

ABSTRACT

The object of this paper is to demonstrate the fundamentality of the right to profit by the entrepreneur in the light of the Brazilian legal system. This will be traced, in parallel, a detailed study about the whole systematic fundamental rights, and research on the entrepreneur and the company in light of legal and economic concepts, verifying the relationship business - profit.

Thereafter, in order to confirm the hypothesis that the right to profit by the entrepreneur is a fundamental right, the study turns exclusively to the legal parental rights. Thus, an analysis will be developed about the possibility of the right to profit by the entrepreneur revealed as a fundamental right, the light of the foundations of a democratic state of Brazil, the national economic order principles and capitalist economic system. Finally, it will be worth the Economic Analysis of Law to prove the need for the right to profit by the entrepreneur to be understood as a fundamental right, starting with verification of your application, which will thread the Theory of Games.

KEYWORDS: Fundamental rights, right to profit, entrepreneur, democratic state, capitalism, Economic Analysis of Law

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 10 |
| 1. DIREITOS FUNDAMENTAIS | 15 |
| 1.1. Direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais | 15 |
| 1.2. Os critérios formal, material e estrutural das normas de direitos fundamentais..... | 18 |
| 1.3. Direitos fundamentais como direitos subjetivos | 27 |
| 1.3.1 A evolução do Estado e do Direito e sua consequência acerca dos direitos fundamentais | 29 |
| 1.3.2. A titularidade dos direitos fundamentais | 35 |
| 1.4. Conclusões do capítulo | 40 |
| 2. O EMPRESÁRIO E A EMPRESA | 43 |
| 2.1. O empresário imerso no cenário jurídico brasileiro – uma análise do art. 966 do Código Civil e seu parágrafo único | 47 |
| 2.1.1. As exceções ao conceito jurídico de empresário. O art. 966, parágrafo único do Código Civil | 52 |
| 2.1.2. O empresário coletivo: as sociedades empresárias | 57 |
| 2.1.3. A figura jurídica “empresário” e sua relação com o lucro | 64 |
| 2.2. A compreensão do empresário a partir das firmas: porque se deve compreender a figura do empresário à luz da economia? | 67 |
| 2.2.1. Entendendo o mercado e a necessidade de reduzir os custos de transação | 68 |
| 2.2.2. As firmas e o empresário | 76 |
| 2.2.3. A relação empresário–lucro a partir da análise do comportamento das firmas...79 | |
| 3. O DIREITO AO LUCRO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL DO EMPRESÁRIO | 83 |
| 3.1. O direito ao lucro como direito fundamental material | 84 |
| 3.2. As sociedades empresárias e as empresas como titulares de direitos fundamentais..... | 96 |

| | |
|---|------------|
| 3.3. O direito ao lucro como um princípio de direito fundamental: a colisão dos princípios | 100 |
| 4. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO AO LUCRO PELO EMPRESÁRIO | 103 |
| 4.1. Direitos fundamentais positivos e negativos e os custos dos direitos ... | 104 |
| 4.2. A teoria dos jogos e a escolha racional do Estado frente ao agir empresarial | 109 |
| CONCLUSÃO | 117 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 122 |

INTRODUÇÃO

Atualmente, vários fatores sociais, econômicos e jurídicos, acabam por colocar o empresário em meio a uma encruzilhada que parece levar a dois caminhos antagônicos. De um lado, a acelerada evolução econômica, que enseja uma desenvoltura empresarial aguçada, enfatiza o individualismo e exige que os empresários abocanhem grandes fatias de lucro, já que somente assim torna-se possível manterem-se num mercado que é cada vez mais competitivo. Neste sentido, para o Estado, este agir é favorável, pois alimenta sua economia tornando-a concorrente.

Ao revés, de outro lado, as exigências de um Estado garantista, que resguarde o indivíduo em todas as suas esferas são cada vez maiores. Neste sentido, é que muito se exalta a dignidade da pessoa humana, função social da propriedade e dos contratos, responsabilidade social, dever de assistência. Isto, portanto, acaba refletindo-se em exigências sociais, morais e até mesmo legais ao empresário, cuja atividade deve estar voltada não só à economia, mas a seus empregados, consumidores, concorrentes, meio ambiente, à sociedade e até mesmo ao próprio Estado.

E é neste sentido que estes dois caminhos se revelam antagônicos: ora, se por um lado o empresário deve lucrar ao máximo para se manter num mercado competitivo e ajudar a alimentar a economia de seu país, por outro, lhe são impostos deveres de forma exacerbada impedindo, assim, o aumento nos lucros e uma queda no aproveitamento econômico.

Porém, apesar destes caminhos parecerem opostos, eles devem ser relidos e reinterpretados para que seus contornos revelem-se de forma harmoniosa.

E é sobre esta justificativa que surge o objeto da presente dissertação: a compreensão do direito ao lucro como um direito fundamental do empresário, à luz do ordenamento jurídico econômico brasileiro.

Isto, porque a fundamentalidade de um direito implica um tratamento especial e uma forma de aplicação diferenciada, que não comporta, meramente, critérios de

validade jurídica. Neste sentido, a elevação do direito ao lucro pelo empresário à esfera da fundamentalidade traz inúmeras consequências, sobretudo, no que se refere à sua aplicação em casos concretos, envolvendo dissensos entre empresário e trabalhadores, consumidores, o próprio Estado e a sociedade como um todo.

Portanto, a compreensão do direito ao lucro como um direito fundamental do empresário permitirá uma interpretação harmoniosa daqueles caminhos econômicos que parecem antagônicos, porque oferecerá uma análise dos fundamentos do Estado Democrático de Direito - tais como a dignidade da pessoa humana, a livre iniciativa e os valores sociais do trabalho-, bem como dos princípios norteadores da ordem econômica, asseverados no art. 170 do texto constitucional, à luz do modelo econômico capitalista, que é o adotado pelo ordenamento brasileiro.

Se, por um momento, esta hipótese parece absurda, quando se analisa o direito ao lucro pelo empresário à luz de toda sistemática dos direitos fundamentais e, principalmente, sua inserção no Estado Constitucional brasileiro, que optou por aquele modelo econômico capitalista, sua delimitação torna-se clara!

Mas cabe, desde já, enfatizar que por mais radical que pareça, este trabalho não clama pela retomada de um liberalismo exacerbado, em que os empresários podem caminhar sem freios. Pelo contrário, o que se pretende é travar uma releitura do próprio texto constitucional, a partir de uma interpretação sistemática e teleológica, para se chegar à confirmação da hipótese de que o direito ao lucro representa, sim, um direito fundamental do empresário, pois somente assim considerado será possível verificar a concretude do Estado Democrático de Direito, sob seu viés econômico.

Insta destacar que o que se pretende comprovar é a fundamentalidade do *direito ao lucro* pelo empresário e não, simplesmente, o lucro¹. Isto, porque, a atividade empresarial é uma atividade de risco e, por isso, em muitos casos, pode, *por circunstâncias alheias ou não à vontade do empresário, não ser lucrativa em determinado ou determinados exercícios*². O lucro do empresário depende de seu empreendedorismo, de seu trabalho, empenho, recursos, contexto econômico..., não sendo uma consequência lógica ao exercício da atividade empresarial. Neste sentido, o que lhe deve ser assegurado, portanto, à esfera da fundamentalidade, é o *direito em auferir lucro*.

¹ Antecipando o conceito, como se verá ao longo do trabalho, lucro deverá ser compreendido como o saldo positivo resultante da operação entre tudo aquilo que foi obtido e tudo aquilo que foi gasto.

² CATEB, Alexandre Bueno. *Análise Econômica da Lei de Sociedades Anônimas*. . In TIMM, Luciano Benetti. Direito & Economia. Revista dos Advogados, Porto Alegre, 2009, p. 262.

O caminho para se chegar à resposta da problemática levantada implica, portanto, uma investigação acerca dos direitos fundamentais mais esmiuçada, bem como da figura do empresário e da empresa, à luz do direito e da economia, e seu papel na sociedade contemporânea.

Utiliza-se, assim, o método indutivo que parte da observação da relação empresário-lucro, tanto sobre o viés jurídico como econômico, inserto no cenário constitucional brasileiro. Esta inserção, certamente, leva em consideração os fundamentos do Estado Democrático de Direito e sua coesão com o modelo econômico adotado e os princípios regentes da ordem econômica nacional.

Com este fim, a partir de um estudo baseado na pesquisa bibliográfica, inicialmente, o presente trabalho é fortemente influenciado pela Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy³, instaurando uma investigação conceitual acerca de tais direitos, no intuito de compreendê-los em sua expressão normativa, estrutural e conteudística. Tudo isto, para que se possa constatar se o direito ao lucro pelo empresário pode ser compreendido como um direito fundamental, de acordo com toda a sistemática e matéria que o cerca.

Neste sentido, impera não só analisar a estrutura normativa dos direitos fundamentais, para compreender a norma de direito fundamental, bem como sua expressão como direito subjetivo, verificando-se, a partir daí, a ampliação do núcleo intangível destes direitos para além daqueles ditos direitos naturais. Afora isto, também torna-se mister perquirir sua evolução em relação a seus titulares e seus destinatários, provocada pela própria evolução das sociedades.

É neste momento que vem à tona a constatação da existência de novos agentes sociais – como os empresários e as sociedades empresárias, por exemplo – que provoca o surgimento de novos direitos fundamentais e também o direito de titularizarem-nos. Além disso, a questão da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas é ponto que emerge na verificação dos destinatários destes direitos.

Todo este caminho, portanto, será percorrido para se analisar a possibilidade do direito ao lucro ser enquadrado como um direito fundamental, sempre, limitando-se o estudo ao ordenamento jurídico brasileiro.

³ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad: Virgílio Afonso da Silva. Malheiros, São Paulo, 2008.

Traçado um panorama dos direitos fundamentais, mister dedilhar os conceitos de empresário e empresa para se conhecer as razões e a possibilidade daquela personagem titularizar o direito fundamental ao lucro.

Destaque-se, porém, que uma compreensão da figura do empresário limitada ao fenômeno jurídico revela-se como insuficiente para a delimitação de seu papel social, bem como da relação empresário-lucro. Certamente, não se pode deixar de perquirir o aspecto jurídico do empresário, mas o entendimento desta figura em sua plenitude implica, também, um estudo direcionado à economia. É neste momento que impera reconhecer a empresa como firma, à luz da teoria formulada por Ronald Coase – Teoria da Firma – e sua inserção no cenário econômico como ente capaz de possibilitar a redução dos custos de transação. Assim, compreendido o caráter econômico de empresa, implica a verificação do empresário como seu coordenador.

A partir do paralelo traçado entre os direitos fundamentais, por sua expressão nos tempos atuais e no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a relação lucro-empresário, o próximo ponto é verificar a possibilidade de se elevar tal direito à esfera da fundamentalidade.

Para tal, uma compreensão da constituição econômica brasileira torna-se mister.

Neste momento, os princípios nortes da ordem econômica brasileira, funcionando como pontes de ligação entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, apresentam-se como o centro da discussão. E, em conjunto com eles, o estudo do modelo econômico capitalista adotado pelo ordenamento pátrio.

Como se verá, é justamente a interpretação sistemática daqueles princípios em consonância com o modelo econômico capitalista inserido no Estado Democrático de Direito brasileiro que permitirá depreender o direito ao lucro como um direito fundamental do empresário. Isto porque, somente à luz deste direito e, em consonância à sua função social, será possível alcançar a concretude do Estado constitucional brasileiro pelos seus fundamentos da dignidade da pessoa humana, livre iniciativa e valores sociais do trabalho.

Por fim, vale-se desta introdução para destacar que, inicialmente, o presente estudo limitava-se, especificamente, à afirmar e demonstrar o direito ao lucro como um direito fundamental do empresário, em consonância ao Estado Democrático de Direito brasileiro. Porém, após percorrer todo o caminho para se chegar a tal conclusão, tornou-se mister desenvolver uma breve análise acerca de suas implicações.

É assim que, sobretudo neste momento, a análise econômica do direito aparece como imperiosa, uma vez que não se pretende com este trabalho alcançar ou propor soluções unicamente justas, mas também possíveis. Isto, porque, como se verá, a partir da obra *The Cost of Rights* de Cass Sustein e Stephen Holmes é possível compreender que todos os direitos implicam em custos e que, diante disso, o Estado e os indivíduos são levados a fazer escolhas. E é neste sentido, então, que torna-se inequívoco que o direito fundamental ao lucro pelo empresário deixa de ser uma mera constatação para revelar-se uma realidade: como restará demonstrado, quando ele surge, sempre ou no mais das vezes, como a melhor escolha num mundo de escassez.

Como se verá nas próximas linhas, após um longo percurso no sentido de se tentar construir e demonstrar o lucro como um direito fundamental do empresário, de nada adiantará encontrar o caminho para se chegar à Justiça, sem que este caminho possa ser percorrido concretamente.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quando o foco de estudo são os direitos fundamentais, sua compreensão jamais se limitará a expressá-los ou defini-los em pequenas linhas ou sob um único viés. Os direitos fundamentais são institutos que envolvem inúmeras dimensões. Assim, compreender o sentido e o conceito dos direitos fundamentais enseja o estudo de cada uma destas dimensões.

Neste capítulo inicial, pretende-se iniciar uma investigação e análise dos múltiplos viéses dos direitos fundamentais no intuito de traçar seu conceito da forma mais sólida possível, para, ao final, poder chegar a uma conclusão acerca da possibilidade de enquadrar o direito ao lucro pelo empresário como um direito fundamental.

1.1 Direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais

Num primeiro momento e visando uma clara compreensão daqueles direitos, insta destacar que os direitos fundamentais encontram-se expressos em normas, com a ressalva de que normas de direitos fundamentais não se revelam como expressões sinonímias a direitos fundamentais. Neste sentido,

Entre o conceito de norma de direito fundamental e o conceito de direito fundamental há estreitas conexões. Sempre que alguém tem um direito fundamental, tem uma norma que garante esse direito. Se a recíproca é verdadeira, isso já é duvidoso. Ela não é verdadeira quando há normas de direitos fundamentais que não outorgam direitos subjetivos (...) são consideradas como normas de direitos fundamentais somente as normas que outorgam direitos fundamentais. Normas de direitos fundamentais e direitos fundamentais seriam assim, sempre dois lados da mesma moeda.⁴

⁴ ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad: Virgílio Afonso da Silva. Malheiros, São Paulo, 2008; p. 50.

Não se pretende aqui traçar uma teoria para se perquirir a fundo o que vem a ser uma norma, até mesmo porque a investigação sobre seu significado leva a um caminho sem fim, como bem considerou Robert Alexy.^{5 6}

Neste sentido - exclusivamente no intuito de diferenciar direitos fundamentais de normas de direitos fundamentais, visando uma clara compreensão - pode-se dizer que, quando se estudam os direitos fundamentais como normas, está-se conduzindo o estudo à dimensão daqueles direitos enquanto direito objetivo.⁷ O direito objetivo *não é outra coisa senão o direito positivo, mas ele é chamado de objetivo, porque ele é oposto a uma qualidade ou a uma faculdade inerente ao indivíduo* (direito subjetivo).⁸

Não há problemas técnicos, assim, em se afirmar, portanto, que direitos fundamentais são normas, desde que se tenha em mira que tal afirmação limita a compreensão dos direitos fundamentais como direito objetivo, como expressão deôntica.

Porém, quando se distingue direitos fundamentais de normas de direitos fundamentais, abordando assim a dimensão objetiva e subjetiva, está-se diante da possibilidade de se afirmar que: se alguém possui um direito fundamental, ele estará tutelado por uma norma de direito fundamental.

Por este viés, normas seriam prescrições de condutas, comportamentos que se estruturam a partir de um enunciado deôntico, comumente revelado como um “dever-ser”. Diante da própria indefinição do que representaria, realmente, aquele “dever-ser”, seu sentido restaria delimitado a partir do auxílio da noção de valor.

Assim, o escopo das normas jurídicas inspiradas em valores acaba sendo por prescrever comportamentos sem ignorar a realidade em que se insere.

⁵ ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad: Virgílio Afonso da Silva. Malheiros, São Paulo, 2008; p. 52, quando informa que “ Não é de surpreender que a discussão acerca do conceito de norma como conceito fundamental da Ciência do Direito não tenha fim”.

⁶ À luz de citações de grandes cientistas jurídicos citados por Robert Alexy em sua clássica obra Teoria de los Derechos Fundamentales, as normas, para Kelsen poderiam representar o sentido (objetivo) de um ato pelo qual se ordena ou se permite e, especialmente, se autoriza uma conduta; já para Luhman seriam uma expectativa de comportamento contrafaticamente estabilizada ou, ainda, segundo Theodor Geiger, um modelo de conduta que ou é respeitado ou, quando não, tem como consequência uma reação social ou, ainda, segundo Hart normas seriam uma regra social, segundo Hart. ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad: Virgílio Afonso da Silva. Malheiros, São Paulo, 2008; p. 52

⁷ GALDINO, Flávio. Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro, Lumen lures, 2005; p.6.

⁸ ARNAUD, André Jean. Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito, Rio de Janeiro, Renovar, 1999. Tópicos Sobre Direito, p. 249.

Porém, destaque-se que as normas não se confundem com valores, justamente por incorporarem um caráter deôntico; *as normas são veiculadas por prescrições normativas que direta ou indiretamente estabelecem o que um ordenamento jurídico determina, permite ou proíbe*⁹. Portanto, sua interpretação e definição sempre estarão atreladas aos valores incorporados por aquela sociedade.

Seguindo o mesmo rumo, a partir de tudo que se expôs, as normas de direitos fundamentais – estas prescrições jurídicas de “dever-ser” – de forma um tanto quanto simplória, seriam aquelas que estabelecem uma situação jurídica subjetiva *iusfundamental*.

Contextualizando para o objeto deste estudo, primeiramente há que se destacar que o direito ao lucro pelo empresário - como restará demonstrado ao fim deste trabalho – aparece como um direito fundamental, que, portanto, está tutelado por uma norma de direito fundamental. Esta norma, revelada por um enunciado deôntico, vem estabelecer, a partir dos valores emanados da sociedade brasileira moderna, um dos nortes do ordenamento jurídico pátrio.

Saliente-se, ainda, que as normas não se confundem a enunciados normativos – sob o aspecto semântico -, porque este último representa a expressão escrita da norma e esta (a norma) não se limita àquela expressão, ainda mais porque nem sempre se apresenta expressa em palavras, mas, por exemplo, também a partir de sons e sinais visuais, como os apitos de um guarda de trânsito e as cores de um semáforo.

Apesar da distinção entre norma de direito fundamental (direito objetivo) e direito fundamental (direito subjetivo), há que se reconhecer a normatividade que foi atribuída a tais direitos; em outras palavras, ainda que normas de direitos fundamentais e direitos fundamentais sejam coisas distintas, estes revelam-se expressos por normas, o que torna imperiosa a compreensão do que leva à verificação de uma norma como sendo de direito fundamental.

Acerca do direito ao lucro pelo empresário, tal análise torna-se mister, pois, somente assim, será possível concluir se tal direito, na forma como vem prescrito no ordenamento jurídico pátrio, poderá ser compreendido como um direito fundamental, vez que revelado como norma de direito fundamental.

⁹ ÁVILA, Humberto Bergman. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista Diálogo Jurídico. Ano I, vol 1, nº 4, julho de 2001, Salvador – BA. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf

Neste sentido, tal apuração dependerá da análise de critérios formais, materiais e estruturais, destacados a seguir.

1.2 Os critérios formal, material e estrutural das normas de direitos fundamentais

Sob o critério formal, prescreve J. J. Gomes Canotilho:

A fundamentalidade formal, geralmente associada a constitucionalização, assinala quatro dimensões relevantes: (1) as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas de direitos fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais próprios da revisão (...); (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais (...).¹⁰

Percebe-se, portanto, que uma norma de direito fundamental, segundo o citado autor, comumente vem expressa por um enunciado normativo abarcado numa constituição, o que a torna dotada de um procedimento de revisão bem mais dificultado.

Contextualizando com o apresentado, a Constituição Federal Brasileira de 1988 – que, para este trabalho, será considerada como objeto delimitador do âmbito de incidência do estudo - revela uma posição de destaque conferida pelo constituinte aos direitos fundamentais quando apresenta, no rol do art. 5º, desdobrado em setenta e sete incisos e quatro parágrafos, um elenco de direitos fundamentais e, ainda, em seu art. 60, § 4º, demonstra a ilegitimidade de qualquer reforma constitucional que intua aboli-los.

Pelas razões informadas, as normas de direitos fundamentais revelam-se, ainda, como limites materiais à construção e elaboração das demais normas, vez que atuam em seu plano de validade.

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Almedina, Coimbra, 2005, p. 379.

(...) os direitos fundamentais se confundem com a própria norma básica de reconhecimento das demais normas jurídicas, operando, pois, no plano da validade, de tal modo que, para ser válida perante o ordenamento, uma norma jurídica qualquer passa por um teste de conformidade em relação às normas de direitos fundamentais.¹¹

E, como tal, aparecem como direcionadoras à aplicação de medidas e tomadas de providências por todas as esferas dos poderes – executivo, legislativo e judiciário.

Diante do exposto o que se constata é que, no que pese à relevância do critério formal identificador de uma norma de direito fundamental, ele, sozinho, se mostra insuficiente. Em outras palavras, a identidade de uma norma de direito fundamental não se limita à verificação de sua positividade no texto constitucional.

Isto porque apesar do rol do art. 5º da constituição federal, seu § 2º é latente no sentido de informar que os direitos fundamentais não se limitam àqueles ali expressos; em seus termos: *os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*¹²; o que denota a abertura material aos direitos fundamentais, informando, portanto, que alguns deles não estão prescritos no texto constitucional.

Tal ideia reforça os argumentos aqui explorados, pois, caso o critério formal fosse isoladamente eficaz e suficiente para definir quais seriam os direitos fundamentais resguardados pelo ordenamento brasileiro, este trabalho já não teria mais razão de ser, vez que o direito ao lucro pelo empresário não se encontra previsto no texto constitucional.

A verificação da insuficiência do critério formal na fixação dos direitos fundamentais torna-se latente ante o reconhecimento de que o rol dos direitos fundamentais é exemplificativo e não taxativo. Foi como asseverou Jorge Bacelar Gouvêa:

O raciocínio imanente à consagração de uma tipologia exemplificativa de direitos fundamentais é o de permitir a abertura da pluralidade dos tipos constitucionalmente tipificados, qualificando conseqüentemente esse sistema como aberto, e reconhecendo, ao mesmo tempo, a sua

¹¹ GALDINO, Flávio. Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro, Lumen Iures, 2005; p.8. Citando Gregorio Peces- Barba.

¹² Art. 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988.

insuficiência na captação da respectiva fenomenologia. Essa abertura definiu-se essencialmente pela incapacidade de encontrar resposta para todas as situações a merecer tratamento ao nível dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais atípicos vão assim desempenhar duas importantes funções na abertura do sistema: - a função de integração; e - a função de adequação¹³.

Diante disso, o que se percebe é que a abertura material dos direitos fundamentais torna-se imperiosa. Em primeiro lugar, ante a incapacidade do rol do artigo 5º do texto constitucional em resguardar à esfera da fundamentalidade todas as situações que mereceriam tratamento neste nível. Em segundo lugar, esgotar todos os direitos fundamentais em um rol taxativo sugere, além de uma incompletude do sistema, a constatação de que nunca será uma tarefa acabada, vez que novas necessidades e novos problemas implicam numa resposta pela construção de novos direitos, além de constantes imperfeições nas regulações, que sugerem reparações constantes^{14 15}

Mister, portanto apreciar o critério material¹⁶.

Neste sentido, o critério material *insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade*¹⁷.

¹³ GOUVEIA, Jorge Bacelar. Os direitos fundamentais atípicos. Aequitas e Editora de Notícias. Lisboa, 1995; p. 72.

¹⁴ GOUVEIA, Jorge Bacelar. Os direitos fundamentais atípicos. Aequitas e Editora de Notícias. Lisboa, 1995; p. 73. Cabe destacar que o citado autor nomeia os direitos fundamentais materiais como sendo direitos fundamentais atípicos, dada a ausência destes direitos nos elencos constitucionais de direitos fundamentais.

¹⁵ Somam-se aos direitos fundamentais atípicos, aquilo que Robert Alexy reconheceu como norma de direito fundamental atribuída, sugerindo uma interpretação como norma refinada pelas normas de direito fundamental constitucionalmente expressas. Seriam estas aquelas normas possíveis de se definir a partir de um enunciado normativo constitucional de direito fundamental indeterminado, propiciando a construção de inúmeros outros enunciados deontológicos que tem como atuante em seu plano de validade no ordenamento jurídico aquele próprio enunciado constitucional do qual se derivou. *Trata-se, portanto, de uma relação de fundamentação entre a norma a ser refinada e a que a refina.* ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad: Virgílio Afonso da Silva. Malheiros, São Paulo, 2008; p. 72.

¹⁶ Destaque-se que este critério material é aquilo que Jorge Bacelar Gouveia definiu como atipicidade. Na verdade, o que mudam são somente as nomenclaturas: (...) *podemos encontrar várias nomenclaturas preconizadas para identificar estes direitos: J. J. Gomes Canotilho e VITAL MOREIRA, considerando estes direitos através de desibnação próprias, como termo de uma classificação a fazer, apelidam-nos de direitos fundamentais em sentido formal ou sem expreso assento constitucional formal, sem assento constitucional ou sem registro constitucional, de direitos fundamentais extraconstitucionais e de direitos fundamentais não formalmente constitucionais (...)*GOUVEIA, Jorge Bacelar. Os direitos fundamentais atípicos. Aequitas e Editora de Notícias. Lisboa, 1995; p. 41.

¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Almedina, Coimbra, 2005, p. 379.

Formulados de modo concreto – pois tem-se em mira unicamente o ordenamento jurídico brasileiro e sua Constituição Federal – os direitos fundamentais devem, por seu conteúdo, revelar a essência do Estado Democrático de Direito e do texto magno de modo que uma ofensa a tais direitos iria de encontro ao próprio fundamento do Estado brasileiro.

Neste sentido, as normas de direitos fundamentais devem revelar, em seu bojo, o alicerce sobre o qual se constrói a República Federativa do Brasil, que traz como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além do pluralismo político.¹⁸

É neste sentido que se abre a possibilidade de elevar o direito ao lucro pelo empresário, como sendo um direito fundamental. Isto porque, a par do que fora dito no parágrafo anterior, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a livre iniciativa, revelando, portanto, a adoção de um modelo econômico capitalista. Como todos os direitos fundamentais devem ser interpretados à luz do texto magno, para que tal modelo econômico se concretize e, portanto, a livre iniciativa se cumpra, torna-se imperiosa a elevação do direito ao lucro à esfera da fundamentalidade, como restará demonstrado, de forma esmiuçada, em capítulos seguintes.

Assim, percebe-se que pode haver normas de direitos fundamentais exclusivamente materiais e não formais. Isto porque o ordenamento jurídico brasileiro não revela expressamente em seu texto constitucional todas as normas de direitos fundamentais, quiçá quando destaca aquela abertura material prevista no art. 5º, §2º da constituição de 1988.

Segundo, novamente, Jorge Bacelar Gouveia, embora haja um núcleo essencial de direitos fundamentais decorrente de uma concepção jusnaturalista acerca do Direito, em geral representado por aqueles direitos que derivam da natureza humana, indispensáveis para que o homem se firme na sua plenitude, a evolução dos direitos fundamentais, com seu progressivo alargamento, obrigou o jurista a ir um pouco além

¹⁸ Em conformidade com o art. 1º do texto constitucional: 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.

daquela concepção jusnaturalista. Hoje em dia, há um outro conjunto de direitos fundamentais que não apresenta qualquer relação com aquele dito direito natural.¹⁹

A partir daí é possível intuir que, apesar do ordenamento jurídico brasileiro abarcar aqueles ditos direitos naturais, inerentes ao ser humano, como núcleo essencial de direitos fundamentais, ele não limita seu rol a estes - o que será aprofundado em tópicos seguintes.

Isto porque, como se percebe, à luz do próprio texto constitucional positivado no rol do art. 5º da carta constitucional, estão elencados direitos classificados como fundamentais, que não abarcam conteúdo de direito natural, como o direito de reunião, associação, de informação, de propriedade intelectual, direitos processuais, dentre outros.

Indo além, ante a evolução social, econômica, tecnológica, bem como o fenômeno da globalização e o surgimento de novos agentes, como as pessoas jurídicas, as coletividades, as empresas, os empresários... os Estados tornaram-se mais complexos e, por tal razão, para que seus princípios norteadores fundantes pudessem ser concretizados, houve uma necessidade em se ampliar aquele pequeno núcleo de direitos fundamentais, antes reduzido àqueles adjetivados como naturais. Ora, se atualmente os agentes sociais são outros que não exclusivamente os seres humanos, e outras formas de realização e necessidades surgem em razão das modernas complexidades, os direitos fundamentais, necessariamente, precisaram acompanhar esta evolução.

Neste sentido e em conclusão; ante a pacífica constatação da existência de normas de direitos fundamentais unicamente materiais, insta ratificar sua delimitação como sendo aquelas normas que estabelecem situações jurídicas de direito subjetivo reveladoras do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Finalmente, quando se analisa a estrutura dos direitos fundamentais, torna-se imperioso trazer à tona a distinção entre regras e princípios.

Acerca do objeto deste trabalho, que é a demonstração do direito ao lucro como sendo um direito fundamental do empresário, a estruturação deste direito como regra ou princípio mostra-se ainda mais essencial quando se tem em mira sua aplicação num caso concreto, como se verá.

¹⁹ GOUVEIA, Jorge Bacelar. Os direitos fundamentais atípicos. Aequitas e Editora de Notícias. Lisboa, 1995; p. 53.

Assim, sobre a estrutura das normas, disserta Luis Roberto Barroso pela importância do tema.

A distinção qualitativa entre regras e princípios é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se singiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.²⁰

No intuito de compreender a temática, esclarece Robert Alexy

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.²¹

As discussões acerca da distinção entre princípios e regras não são novas. Neste sentido, a doutrina frequentemente vinha se pautando em dois critérios: grau de abstração e generalidade da prescrição normativa; e fundamento de validade. Assim, sob aquele primeiro critério os princípios diferenciam-se das regras por serem dirigidos a um número indeterminado de pessoas e a um número indeterminado de circunstâncias, ao passo que as regras conteriam mais elementos de concretude relativamente à conduta sendo assim menos gerais. Já acerca do critério do fundamento de validade, os princípios se diferenciariam das regras por serem dedutíveis do Estado de Direito, ao passo que as regras seriam dedutíveis de textos normativos.²²

²⁰ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In Revista de Direito Administrativo, nº225, julho, agosto e setembro de 2001; p. 5-37.

²¹ ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad: Virgílio Afonso da Silva. Malheiros, São Paulo, 2008; p. 87.

²² É neste entendimento que se pauta este trabalho a despeito da compreensão diversa de nobres doutrinadores que negam normatividade aos princípios, considerando normas exclusivamente como regras, como Nelson Saldanha em seu livro Filosofia do Direito. Rio de Janeiro, Renovar, 1998; Ricardo Lobo Torres em seu Curso de Direito Financeiro, Rio de Janeiro, Renovar, 1997; e Eros Grau, Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.

²³ ÁVILA, Humberto Bergman. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista Diálogo Jurídico. Ano I, vol 1, nº 4, julho de 2001, Salvador – BA. Disponível

Num intuito de aclarar as divergências e elaborar uma teoria mais sólida capaz de distinguir os princípios das regras, prescreve Alexy – teoria na qual este trabalho se apóia - que ao contrário das regras, os princípios referem-se a normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, diante das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, o que, por conseguinte, caracterizaria os princípios como mandados de otimização. Ao revés, as regras seriam normas que conteriam determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. Regras, então, seriam normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, quando uma regra vale, deve-se fazer exatamente o que ela exige, nada mais, nada menos.²⁴

Descrevendo a importância dos princípios, Luis Roberto Barroso aclara, ainda, que eles, *explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico*, de modo que *espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins*.²⁵ Apesar disso, resta claro que, ante sua normatividade, os princípios não se confundem com os valores, somente revelam e defendem aqueles ideais sociais em um dado momento, tendo em vista seu caráter normativo-axiológico.

A partir de tais constatações, a diferença entre regras e princípios aparece com mais clareza nos casos de colisões e conflitos destas espécies normativas.

Assim, no caso de um conflito entre regras, a única solução possível é introduzir em uma das regras uma cláusula de exceção que elimine aquele conflito ou, ainda, que uma das regras seja declarada inválida. Ao revés, quando princípios colidem, sendo eles mandamentos de otimização, deverão ser levadas em consideração as condições daquela situação específica para se chegar ao resultado de qual princípio, naquele caso, exclusivamente, irá prevalecer, pois, se num primeiro momento, um dos princípios acaba superando o outro, alteradas aquelas condições, o resultado poderá ser o oposto.

em http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf

²⁴ ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad: Virgílio Afonso da Silva. Malheiros, São Paulo, 2008; p. 91.

²⁵ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In Revista de Direito Administrativo, nº225, julho, agosto e setembro de 2001; p. 5-37.

Além disso, se os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, (...) as colisões entre princípios ocorrem para além dessa dimensão, na dimensão do peso.²⁶

Neste sentido,

(...) os princípios operam uma dimensão de ponderação, sendo otimizados conforme as possibilidades jurídicas e fáticas. Essas possibilidades jurídicas correspondem precisamente às operações de ponderação entre os princípios. E ainda há que se ter em conta as possibilidades fáticas.²⁷

O conflito entre princípios, portanto, deve ser resolvido por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes, de modo que

(...) a solução não se resolve com a determinação imediata de uma prevalência de um princípio sobre outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência²⁸

Ao contrário da análise da validade de uma regra sobre outra, quando o assunto é colisão de princípios, como mandados de otimização que são, diante de um caso concreto, levando-se em consideração as peculiaridades fáticas, o que irá se perquirir é o estado de coisas que se deve atingir na “maior medida possível”.

Diante dos critérios distintivos entre regras e princípios e em razão do aspecto material dos direitos fundamentais, é possível compreender porque estes direitos normalmente se moldam na forma de princípios.

Ora, se a essência dos direitos fundamentais se identifica na concretude do Estado Democrático de Direito, seus ditames jamais poderiam ser afastados, a não

²⁶ ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad: Virgílio Afonso da Silva. Malheiros, São Paulo, 2008; p. 94.

²⁷ GALDINO, Flávio. Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro, Lumen lures, 2005; p.51.

²⁸ ÁVILA, Humberto Bergman. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista Diálogo Jurídico. Ano I, vol 1, nº 4, julho de 2001, Salvador – BA. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf

ser, porém, que sejam sopesados – em razão da máxima da proporcionalidade – diante de uma dada situação específica.²⁹

Em outras palavras, se todos os direitos fundamentais ensejam normas válidas, vez que revelam a essência do Estado Democrático de Direito, nenhum deles poderá ser restringido a partir de critérios de validade – como ocorre com as regras – mas somente em razão do sopesamento, consideradas as condições fáticas.

Até aqui, ante o exposto, é possível portanto reconhecer que os direitos fundamentais revelam-se em normas, normas estas predominantemente estruturadas em forma de princípios, cujas colisões solucionam-se através da ponderação entre estes princípios fundamentais.

Ora, se o direito ao lucro pelo empresário - como se verá - é um direito fundamental revelado pelo ordenamento jurídico brasileiro como norma estruturada na sua espécie princípio, o mecanismo de sopesamento pode se revelar como a maneira eficaz para solucionar os constantes litígios que envolvem aquele sujeito. Isto implica que se aplique a máxima da ponderação, por exemplo, quando o direito fundamental ao lucro pelo empresário encontrar-se em colisão aos direitos fundamentais trabalhistas, consumeristas, tributários e ambientais.

É por tudo isso que, para este trabalho, torna-se imperioso compreender, em primeiro lugar, que o direito fundamental se diferencia da norma de direito fundamental. Mas que, porém, um direito fundamental sempre virá expresso por uma norma – enunciado deôntico. Isto, para que se possa concluir que, se o direito ao lucro pelo empresário é um direito fundamental, ele deve vir revelado por uma norma.

Em segundo lugar, que uma norma pode ser formal ou material. Assim, apesar do direito fundamental ao lucro pelo empresário não constar do texto constitucional, a par de todo o contexto do ordenamento jurídico e dos valores que emana a sociedade, nada impede que ele seja considerado direito fundamental revelado por uma norma de direito fundamental material.

Por fim, que, normalmente, os direitos fundamentais surgem como normas na sua espécie princípios e não regras; o que permite a utilização de um mecanismo de

²⁹ Cabe destacar, porém que não se está aqui afastando a possibilidade de existência de normas de direitos fundamentais como regras. Foi, inclusive, o que ponderou Robert Alexy quando detectou a existência de normas de direitos fundamentais que compartilhavam de um caráter duplo, atuantes tanto no nível dos princípios, como no nível das regras. ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad: Virgílio Afonso da Silva. Malheiros, São Paulo, 2008; p. 141.

sopesamento para resolver os casos concretos quando há colisão de princípios. Isto, portanto, poderia representar a solução aos conflitos envolvendo empresários, considerado o seu direito ao lucro como um direito fundamental.

1.3 Direitos fundamentais como direitos subjetivos

Já nas primeiras linhas deste capítulo foi destacado que os direitos fundamentais outorgam direitos subjetivos. Isto, porque, como normas que são – via de regra, princípios – representam enunciados deônticos que trazem em seu bojo uma relação de poder quanto ao seu titular. Em outras palavras, o titular de um direito subjetivo é dotado de um poder – expresso por aquele direito subjetivo – para exigir da outra parte da relação jurídica em questão uma determinada prestação ou, melhor dizendo, um comportamento específico³⁰.

Assim, como os direitos fundamentais outorgam direitos subjetivos, eles aparecem como poderes a seus titulares para exigir comportamentos específicos em relação a terceiros que poderão estar representados tanto pelo Estado, como por indivíduos ou outros entes insertos numa sociedade, revelando-se, assim, na expressão *poder-dever*.³¹

³⁰ GALDINO, Flávio. Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro, Lumen lures, 2005; p.89.

³¹ Este é o entendimento prevalente acerca do que seriam os direitos subjetivos, sobretudo no que se refere a sua origem. Porém, nunca é demais destacar a construção teórica desenvolvida por W. HOHFELD que parte do entendimento de que o direito subjetivo é uma expressão “camaleão”, pelo que não pode-se limitar na simples terminologia do direito-dever, vez que estas expressões não revelam as várias posições que os sujeitos ocupam nas suas múltiplas relações e situações. Assim, a partir das posições ativa, passiva e inativa ele indicou seus opostos e correlativos demonstrando quatro sentidos fundamentais que aquela expressão direito-dever possui na linguagem jurídica. São elas: (a) sempre que se refere uma pretensão (*claim*) há um dever correlato e a ausência de pretensão refere uma situação de não-direito; (b) sempre que se refere uma faculdade (*privilege*), há um não direito correlato e a ausência de faculdade refere uma situação de dever; (c) sempre que se refere uma potestade (*power*), há um estado de sujeição correlato, a ausência de potestade, refere uma situação de impotência; (d) sempre que se refere uma imunidade (*immunity*), há uma impotência correlata, a ausência de imunidade refere uma situação de sujeição. GALDINO, Flávio. Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro, Lumen lures, 2005; p.139. Apesar da aparente completude da teoria de HOHFELD, Robert Alexy chega a, de certa forma, criticá-la informando acerca de sua peculiar desordem, ante a incompletude do esquema, já que permitido pode representar não somente uma abstenção, mas também um fazer. Além disso, há também incompletudes em relação às demais posições no esquema de HOHFELD. Apesar disso, segundo Alexy, suas construções devem ser mantidas porém, reorganizadas. ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad: Virgílio Afonso da Silva. Malheiros, São Paulo, 2008; p. 214-215.

Além disso, nunca é demais retomar que, como normas, os direitos fundamentais aparecem, comumente, expressos em princípios. Princípios estes que, na sua acepção material deverão exprimir os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Somando-se, então, as duas acepções acerca dos direitos fundamentais, os princípios fundamentais, além de outorgarem direitos subjetivos impondo um comportamento ao próprio Estado e aos demais entes que nele habitam e diante dele se obrigam, denotam os próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito³².

Neste sentido, destacou Gilmar Mendes:

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais - tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais - formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.³³

Em seu nascimento, os direitos fundamentais, como direitos subjetivos, referiam-se àqueles inerentes ao homem, tratando-se de direitos inatos ao ser humano, existentes antes mesmo do próprio Estado; isto em decorrência do jusnaturalismo que ressaltava os aspectos subjetivos do direito natural.

Daí as outras denominações atribuídas aos direitos fundamentais:

(...) “direitos inatos” ou “direitos originários”, por acompanharem o homem desde seu nascimento; “direitos inalienáveis” ou “direitos indisponíveis”; em virtude de, por inerentes ao homem e ínsitos na sua

³² Este trabalho comunga do entendimento de Daniel Sarmiento segundo o qual: *a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas é indispensável no contexto de uma sociedade desigual, na qual a opressão pode provir não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa. Sem embargo, firmada essa premissa, é preciso avançar para verificar a forma como se dá esta incidência (...)*. Assim, este trabalho não visa trazer discussões acerca da forma que deverá ser tratada a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, dada a complexidade do tema, limitando-se, neste momento, somente em afirmar que ela existe e que, não só o Estado, como também os particulares acabam revelando-se como destinatários dos ditames fundamentais. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro, Lumen Iures, 2004, p. 223.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados. *Revista Jurídica Virtual*. Brasília, vol.2, nº 13, junho/1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm. Acesso em 10 de outubro de 2010.

própria dignidade, não poder deles dispor ou a eles renunciar; “*direitos naturais*”, por resultarem da natureza do homem pelo simples fato de ter nascido, mais nos nossos dias, “*direitos cívicos*”, (não confundir com direitos civis), que são direitos à prestação do Estado e da sociedade, decorrentes de o sujeito possuir a qualidade de cidadão, membro de uma comunidade política.³⁴

Além disso, atualmente, muito se destaca a expressão Direitos Humanos, ou Direito do Homem. Claro, por revelar o caráter “natural” destes direitos – pelo menos na sua origem – mas também por consagrar a proteção dos direitos fundamentais na esfera internacional, de modo que a expressão “direitos fundamentais” fica restrita àqueles assim considerados na ordem interna de um país.³⁵

Com o respeito às expressões utilizadas, parece, nos tempos atuais, não serem as mais adequadas. Isto, porque, atualmente, sabe-se que o rol de direitos fundamentais não se limita àqueles inerentes à vida do ser humano, mas vai além. Em primeiro lugar, em razão da evolução dos Estados, da vida em sociedade e do próprio Direito e, em segundo lugar – mas em decorrência daquela primeira razão -, porque atualmente os titulares dos direitos fundamentais não são somente o homem – o ser humano – mas também outros entes coletivos.

Em razão da relevância das questões para a investigação do direito ao lucro como sendo um direito fundamental do empresário, é imperioso que se desenvolva um estudo mais profundo e esmiuçado acerca, tanto desta evolução que implicou na atual complexidade dos direitos fundamental, quanto dos novos agentes que surgem para titularizar tais direitos.

1.3.1 A evolução do Estado e do Direito e sua consequência acerca dos Direitos Fundamentais

Restringido-se a exposição às transformações dos últimos tempos, especificamente das últimas décadas, o que se tem visto é a cada vez mais célere e

³⁴ FARIA, Miguel José, *Direitos Fundamentais e Direitos do Homem*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, vol. I, 2001; p. 4.

³⁵ É este o entendimento de Miguel José Farias (*Direitos Fundamentais e Direitos do Homem*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, vol. I, 2001; p. 4.) e Ricardo Lobo Torres (TORRES, Ricardo Lobo. *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 239-335).

complexa evolução das sociedades. Isto tudo em razão de um desenvolvimento científico-tecnológico ligeiro e voraz, de práticas de vida cada vez mais diferenciadas, de uma complexidade na valoração dos mais variados bens e das necessidades básicas e, ainda, da emergência de novos atores sociais, o que resulta em novas necessidades, novos conflitos e novos problemas.

Diante disso e por tal razão, o Direito precisa evoluir para disciplinar esta nova sistemática. E este é um processo que se desenvolve ao longo dos tempos, por exigência permanente da própria sociedade ante as emergentes e rotativas condições que clamam por regulação. Tanto é assim que há muito Norberto Bobbio já trata das gerações dos Direitos – na obra *A era dos direitos* – expressão tão criticada, por induzir um processo sucessivo, que passou a ser melhor representada pelo termo dimensão.

Neste sentido, a doutrina que se apoia nesta tese apresenta até cinco dimensões do Direito agrupando-as de modo que a primeira resta representada pelos direitos civis e políticos (igualdade, liberdade, propriedade, segurança e resistência às diversas opressões); a segunda aos direitos sociais, econômicos e culturais; a terceira dimensão remete aos direitos metaindividuais, coletivos e difusos; a quarta aos direitos referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética; finalmente, a quinta dimensão é representada pelos novos direitos advindos das tecnologias de informação (*internet*), do ciberespaço e da realidade virtual em geral.³⁶

Além destas múltiplas dimensões do Direito, é verdade também que os direitos fundamentais cumprem diferentes funções no ordenamento jurídico. Este entendimento já se consolida desde a teoria desenvolvida por GEORG JELLINEK acerca dos *status*. Este cânone da literatura jurídica ocidental sistematiza, a partir de quatro *status*, os direitos subjetivos públicos (direitos fundamentais) que são atribuídos aos indivíduos em face do Estado e em razão da personalidade daquele indivíduo. Tem-se, assim, o *status subjectionis*, no qual é excluída a autodeterminação, porque a personalidade é sempre relativa e limitada; *status libertatis*, no qual o membro do Estado é senhor absoluto, livre; *status civitatis* que é o fundamento do complexo de prestações estatais

³⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos 'novos' direitos. In: LEITE, José Rubens Morato; WOLKMER, Antonio Carlos (org.). Os "novos" direitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1-30.

no interesse individual; *status activae civitatis*, no qual o indivíduo é autorizado a exercer os direitos políticos.³⁷

É límpido perceber o caráter formal e positivista ligado ao Estado de Direito individualista dos *status*, mas com a evolução social, jurídica e política, os *status* foram sofrendo adaptações:

(...) Häberle defende a idéia do *status activus processualis*, para determinar o processo de concretização dos direitos fundamentais; Isensee estabelece com maestria a diferença entre *status positivus libertatis* e o *status positivus socialis*. Hesse fala no *status* constitucional do indivíduo, que reflete o duplo caráter – subjetivo e objetivo – dos direitos fundamentais. Alexy salienta a necessidade da inclusão de aspectos materiais ao lado dos formais e afirma que o problema do conteúdo do *status* negativo se resolve com a introdução do conceito de “*status* negativo jusfundamental”, que compreende a totalidade daquilo que está liberado ao cidadão em virtude de “normas permissivas jusfundamentais”.³⁸

A partir daí, o que se nota é que, embora os direitos fundamentais, num primeiro momento apareçam, simplesmente, como direitos de defesa do indivíduo frente ao Estado, eles acabam se estendendo, vez que necessários às múltiplas posições que os indivíduos ocupam em sociedade.

Neste sentido é a classificação apresentada por Gilmar Mendes que acaba por agrupar os direitos fundamentais em quatro grupos: enquanto (1) direitos de defesa, que asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público; (2) enquanto normas de proteção de institutos jurídicos, que ensejam a atitude do legislador para disciplinar as garantias à liberdade individual; (3) enquanto garantias positivas do exercício das liberdades, vez que o Estado não deve se limitar a não agir na esfera individual, mas garantir mecanismos para o exercício desta liberdade; (5) enquanto dever de proteção, de modo a garantir os direitos fundamentais contra ingerências de terceiros.³⁹

Além disso, o que se pode perceber das constatações do citado autor é que, embora o sujeito – titular de direitos fundamentais – ocupe diversas posições em sociedade, tais posições lhe garantem a titularidade de direitos fundamentais, somente

³⁷ TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 239-335).

³⁸ TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 239-335).

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados. Revista Jurídica Virtual. Brasília, vol.2, nº 13, junho/1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm. Acesso em 10 de outubro de 2010.

em relação ao Estado, que deixa de agir exclusivamente como não interventor na esfera individual, e passa a atuar como garantidor do exercício dos direitos de defesa contra ele próprio e terceiros.

Trazer tais análises a esta dissertação faz-se, se não obrigatório, no mínimo necessário. Isto, porque, como se verá, a constatação de que o direito ao lucro pelo empresário representa um direito fundamental enseja a análise de que, primeiramente, os direitos fundamentais não se limitam unicamente aos direitos naturais. Tais direitos evoluíram em todos os sentidos, justamente, porque a vida em sociedade evoluiu. O homem passou a ocupar diversos papéis que ensejaram o nascimento de novos direitos fundamentais.

Neste sentido, é sabido, que o homem passou a desenvolver o comércio e que as atividades mercantis se intensificaram em proporções geométricas. Neste momento, cabe, por ora, somente questionar: Se os direitos fundamentais surgem, em razão das novas funções que o homem passa a desenvolver em sociedade, não seria coesa a verificação de direitos fundamentais relacionados à posição que o homem ocupa como agente econômico? Como empresário?

Além disso e, em segundo lugar, o que se viu neste sub-item, foi que os direitos fundamentais se desenvolveram também no sentido de representar um resguardo do homem frente ao Estado, que, por fim, aparece ainda como garantidor ao cumprimento destes direitos fundamentais.

Quando se contextualiza tal análise para esta dissertação, certamente pode-se imaginar o direito ao lucro pelo empresário como uma garantia deste sujeito aos mecanismos estatais exploratórios. Porém, como poderá restar garantido o direito fundamental ao lucro pelo empresário se estiver em embate exigências excessivas de trabalhadores? Ou medidas protetivas exageradas e descabidas pelos consumidores? Ou ante a concorrência desleal de outros empresários? Será que o direito ao lucro pelo empresário também não poderia ensejar proteção frente aos particulares e não só perante o Estado?

As respostas a tais perguntas remetem a uma breve análise acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais em geral.

Neste sentido, o que se nota, como dito alhures, é que, numa sociedade desigual, não é somente o Estado que aparece como ente opressor, mas diversas

outras instituições. Por tal razão, os direitos fundamentais também passam a abarcar uma eficácia horizontal, recaindo, portanto nas relações entre particulares.⁴⁰

Apesar de tal afirmação, a questão não aparece, assim, tão simples. A eficácia dos direitos fundamentais surge como foco de bastante dissidência, levando os doutrinadores a lançar algumas teorias acerca do tema.

Embora seu estudo não seja objeto deste trabalho não há como destacar a questão da eficácia dos direitos fundamentais sem deixar de analisar, ainda que brevemente, algumas teorias que nascem a respeito, no intuito de revelar o sentido para o qual o ordenamento jurídico brasileiro caminha.

Assim, em países onde a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é repelida, como nos Estados Unidos, a teoria que vem sendo adotada é a dita teoria negativista (teoria do *state action*), em que há, praticamente, uma unanimidade que aceita que os direitos fundamentais dispostos no *Bill of Rights* impõe limitações somente às ações estatais.

Há, porém, uma segunda corrente prevalecente no direito alemão, que é a teoria indireta e mediata dos direitos fundamentais na esfera privada.

Para a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, que possam ser invocados a partir da Constituição. Segundo Dürig (*Günter Dürig, pai da teoria*), a proteção constitucional da autonomia privada pressupõe a possibilidade dos indivíduos renunciarem a direitos fundamentais no âmbito das relações privadas que mantém, o que seria inadmissível nas relações travadas com o Poder Público. Por isso, certos atos contrários aos direitos fundamentais, que seriam inválidos quando praticados pelo Estado, podem ser lícitos no âmbito do direito privado, embora se relacione ao exercício de um direito fundamental. Sem embargos, Dürig admite a necessidade de se construir certas pontes entre o Direito Privado e a Constituição, para submeter o primeiro aos valores constitucionais.⁴¹

⁴⁰ Apesar deste ser o entendimento no qual se apóia este trabalho, conforme já destacado em notas passadas, citando Daniel Sarmiento (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro, Lumen Lures, 2004, p. 223.), cabe destacar entendimento diverso, em que Luiz Guilherme Marinoni, ao afirmar que quando há uma situação de desigualdade entre particulares, considera-se a relação como de natureza vertical e não horizontal. In MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria Geral do Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p.74.

⁴¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro, Lumen Lures, 2004, p. 238.

Surge, ainda, mais recentemente na Alemanha, uma nova teoria que defende a tese dos deveres de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais.⁴²

Por fim⁴³, há os que pregam o reconhecimento da eficácia direta (imediate) nas relações privadas, admitindo, portanto o fato dos particulares e não somente o Estado serem sujeitos passivos dos direitos fundamentais, ainda que inexistam uma regulamentação legal a respeito.

Parece ser este último, inclusive, o entendimento sobre o qual vem se apoiando o Supremo Tribunal Federal brasileiro, conforme decisão no Recurso Extraordinário 201.819 do Rio de Janeiro, julgado aos 11 de outubro de 2005, que teve como relator o então ministro Gilmar Mendes:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. (...) ⁴⁴

A verificação da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas, portanto, permite uma nova formatação à solução de conflitos envolvendo o empresário, ao se constatar que o direito ao lucro representa um direito fundamental.

⁴² Tese esta encabeçada por Joseph Insensee, Stefan Oeter, Klaus Stern, Claus Wilhelm-Canaris, entre outros. Cada um destes autores defendem uma teoria que, embora apresentem alguns traços distintos, tem como base uma certa aproximação à teoria da eficácia mediata, porém reclamam a participação do legislador, baseando-se na idéia de que a conciliação entre a autonomia privada e os direitos fundamentais deve incumbir ao legislador e não ao Judiciário. Porém, preserva o direito do Judiciário intervir, a partir do controle de constitucionalidade, quando o legislador não conferir a devida proteção ao direito fundamental ou não atribuir o devido peso à autonomia da vontade. (SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro, Lumen Lures, 2004, p. 261).

⁴³ Destaque-se que ainda há outras teorias alternativas, como bem revela a doutrina, pautando-se em trabalhar em explicitar, unicamente, as mais famosas teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

⁴⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ: União Brasileira de Compositores UBC x Arthur Rodrigues Vilarinho. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator para acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 11 de outubro de 2005. Acórdão publicado no DJ de 27 de outubro de 2006.

Certamente, porque tal direito sempre deverá ser levado em conta nos conflitos de natureza trabalhista, consumerista, civil e comercial.

A partir do esclarecido e tendo em mira a tendência do ordenamento jurídico brasileiro, apoiado naquela recente decisão de seu órgão jurisdicional supremo, a questão acerca da eficácia dos direitos fundamentais leva à constatação de que os direitos fundamentais não só evoluíram quanto a seu conteúdo, mas também quanto a seus destinatários. Isto, em razão de uma sociedade cada vez mais complexa, que clama por este progresso.

Diante disso, é fato constatar que, paralelamente a toda esta evolução, diante do surgimento de novos atores sociais, também a titularidade dos direitos fundamentais acaba por sofrer desdobramentos! É o que se passa a analisar no próximo item.

1.3.2 A titularidade dos direitos fundamentais

Assunto que há muito afervora as rodas constitucionais refere-se à titularidade dos direitos fundamentais. Sobretudo, porque, como dito, em seu nascimento, os direitos fundamentais eram aqueles restritos à natureza humana, pelo quê, não poderia restar dúvidas de que seus titulares se limitariam, exclusivamente, aos homens.

Porém e, novamente, como dito alhures, em razão da evolução das sociedades, do surgimento dos mais diversos entes sociais, da desigualdade que se estabelece, das dimensões dos novos direitos nascentes e da própria eficácia destes direitos nas relações privadas, não há como restringir a titularidade dos direitos fundamentais ao ser humano.

No que pese às pessoas jurídicas, por exemplo, elas aparecem na sociedade propriamente como uma necessidade para que os homens alcancem certos objetivos. E, a partir daí, passam a titularizar direitos e obrigações que enseja uma proteção harmoniosa a todo arcabouço jurídico, uma garantia quanto às ingerências do Estado e quanto a outros seres sociais.

A par disso, é possível construir o seguinte panorama: a sociedade clama pela constituição de pessoas jurídicas, para que o homem alcance certos objetivos econômicos e sociais deveras importantes ao desenvolvimento daquela nação. Por

outro lado, as pessoas jurídicas necessitam titularizar direitos fundamentais para que sua atuação seja revestida de garantias, conforme os valores envolvidos pelo texto constitucional.

Apesar de tais constatações, a questão da titularidade dos direitos fundamentais enseja bastante desarmonia doutrinária, sobretudo, porque o texto constitucional não expressa tal previsão, o que dá azo a interpretações diversas. Em seus termos:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-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 (...) (*destaquei e grifei*)

Vê-se, pois, que o texto constitucional delimita a titularidade dos direitos fundamentais aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, porém, a ausência de determinação expressa, não autoriza, contudo, por exemplo, afirmar que os estrangeiros não residentes no Brasil não possam titularizar direitos fundamentais! Ora, não se poderia conceber a idéia de que, simplesmente em virtude de não possuir a nacionalidade brasileira, bem como não residir no país, o estrangeiro em trânsito no Brasil ser esbulhado dos direitos fundamentais!

Nesta mesma linha, com a evolução das sociedades e o nascimentos de novas personagens no cenário jurídico, econômico e social, não é razoável que os direitos fundamentais tenham sua titularidade limitada aos seres humanos. Até porque, os próprios bens tutelados pelos direitos fundamentais, como a propriedade, o direito de ação, a honra, o princípio da isonomia, da legalidade, o direito de resposta, a inviolabilidade do domicílio... podem ter como sujeitos não só o homem, mas as pessoas jurídicas e outros entes coletivos⁴⁵.

Negar tal possibilidade é negar a realização do próprio Estado Democrático de Direito!

⁴⁵ Inclusive o próprio texto constitucional disciplina direitos fundamentais de titularidade de entes coletivos, por exemplo, quando enuncia o mandado de segurança coletivo Art. 5º, LXX, Constituição Federal, que pode ser impetrado por partido político, organização sindical, entidade de classe, associação legalmente constituída. Além disso, é reconhecido como fundamental o direito de constituir associações, ou cooperativas (art. 5º, XVIII e XIX, CF) e a liberdade de associação (art. 5º, XVII, CF), intuito o exercício das garantias conjuntamente.

Igualmente, as pessoas jurídicas são beneficiárias dos direitos e garantias individuais, pois reconhece-se às associações o direito à existência, o que de nada adiantaria se fosse possível excluí-las de todos os seus demais direitos. Dessa forma, os direitos enunciados e garantidos pela Constituição são de brasileiros, pessoas físicas e jurídicas.⁴⁶

Neste momento, limitar-se-á este trabalho à investigação acerca da titularidade dos direitos fundamentais às pessoas jurídicas, vez que é esta a pesquisa fundamental à afirmação da hipótese ora suscitada.

Isto porque o empresário, que é o sujeito que titulariza o direito fundamental ao lucro, pode ser tanto pessoa física – empresário individual -, quanto pessoa jurídica – sociedade empresária. E, se sobre o primeiro não há maiores questionamentos, cabe, então perquirir a questão acerca das pessoas jurídicas.

Assim, relevantíssimas são as ponderações que o português Antônio Menezes Cordeiro levanta acerca da titularidade dos direitos fundamentais às pessoas jurídicas, denominadas *pessoas coletivas*, em seu país.

Num primeiro momento, o ilustre doutrinador classifica os direitos fundamentais ditos privados, como sendo aqueles correspondentes a direitos da personalidade quando se reportem a bens da personalidade. Enumerando-os: direito à vida, à integridade moral e física, “direitos pessoais” – referidos no art. 26º/1 do Código Civil português – direito à identidade pessoal, direito ao desenvolvimento da personalidade, direito à capacidade civil, direito à cidadania, direito ao bom nome e reputação, direito à imagem, direito à palavra, direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, direito à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação (este último, também pode assumir feição pública)⁴⁷.

A partir daí, quando analisa a titularidade dos direitos da personalidade – então classificados como direitos fundamentais privados – constata que, em razão dos próprios direitos fundamentais terem sido edificados por uma razão política, histórica e social para serem titularizados exclusivamente pelos homens, um alargamento às pessoas coletivas poderia acabar provocando distorções e desvirtuamentos. Porém, à luz de problemas práticos aos quais os Tribunais não podiam deixar de dar respostas, restou imperiosa a dilatação! A título de exemplo: *o descrédito de uma sociedade*,

⁴⁶ MORAES, Alexandre de, Direitos Humanos Fundamentais - Coleção Temas Jurídicos – São Paulo: Editora Atlas – 3 v., p. 82, 1997.

⁴⁷ CORDEIRO, Antônio Menezes. Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo III, Pessoas. Coimbra, Almedina, 2004, p. 89.

*provocado por afirmações falsas, provoca danos a diversos níveis: a atuação que a tanto houvesse conduzido não poderia deixar de ser sancionada.*⁴⁸

E vai além:

(...) a personalidade coletiva apenas traduz um centro de imputação de normas jurídicas, diverso do implicado por uma pessoa singular. Mas as pessoas singulares são, sempre em última análise, as destinatárias de quaisquer deveres. Podem ser em *modo singular*, altura em que as regras se lhe aplicam diretamente, ou em *modo coletivo*, situação que implica novas normas jurídicas, antes de se chegar ao destinatário do comando.

A desonra de uma pessoa coletiva repercute-se sobre as pessoas que lhe sirvam de suporte ou que, para ela, trabalhem ou atuem. Reações individuais seriam impensáveis; assim, há que reagir em modo coletivo. A pessoa coletiva ficará encartada nos direitos competentes, sendo certo que os bens em jogo são, sempre, verdadeiros bens de personalidade, atingidos de modo mediato.

Assim, se a atribuição às pessoas jurídicas da titularidade de direitos fundamentais pode parecer uma tentativa artificial, CORDEIRO justifica a possibilidade reconhecendo não o exercício de direitos fundamentais pelas pessoas jurídicas, mas, de forma indireta, pelas pessoas físicas que a compõe.

Da mesma forma, conclui Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

É preciso, todavia, ponderar que os direitos das pessoa jurídicas são mediatamente direitos de pessoas físicas, sócias ou beneficiárias de sua obra. Por via de consequência, despir de garantia os direitos das pessoas jurídicas significa desproteger os direitos das pessoas físicas. Por outro lado, a própria Declaração reconhece às associações o direito de à existência, o que de nada adiantaria, se fosse possível desvesti-las de todos os seus demais direitos. Dessa forma, os direitos enunciados e garantidos pela Constituição são de brasileiros, pessoas físicas, mas também os direitos mediatamente considerados, ou seja, os direitos das pessoas jurídicas brasileiras.⁴⁹

Diante disso o que se nota é que, ainda que se considere os direitos fundamentais como inerentes ao homem, à pessoa humana, não há como, numa sociedade complexa, negar sua titularidade às pessoas jurídicas, ainda que se

⁴⁸ CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo III, Pessoas. Coimbra, Almedina, 2004, p. 104.

⁴⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira. São Paulo, Saraiva, 1995. Apud NUNES, Anelise Coelho. Titularidade dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 94.

interprete a titularidade indireta reconhecida às pessoas físicas que compõe ou se beneficiam daquela pessoa jurídica⁵⁰.

Porém, certamente, reconhecendo a titularidade direta dos direitos fundamentais pelas pessoas jurídicas ou, indireta, pelas pessoas físicas, há implicações em relação ao conteúdo daqueles direitos, dada a própria essência do ente coletivo: (...) *em virtude de sua natureza, certos direitos fundamentais, exercidos por pessoas jurídicas, podem tê-las por titulares (direito de propriedade, de resposta, entre tantos outros)*⁵¹. Além disso, há certos direitos que só poderão ser exercidos pelas pessoas jurídicas, como o *direito de não-interferência estatal no funcionamento das associações (art. 5º, XVIII), o direito de as associações não serem compulsoriamente dissolvidas (art. 5º, XIX), além do citado Mandado de Segurança coletivo (art. 5º, LXX, da CF)*⁵².

Caminhando por esta via, seguida a classificação de CORDEIRO já elucidada, entendendo os direitos de personalidade como espécie de direitos fundamentais, que ele elenca como direitos fundamentais privados, sua própria titularidade pelas pessoas jurídicas já traz previsão expressa revelada no art. 52 do Código Civil: *Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade*.

Não se está aqui defendendo que direitos fundamentais e direitos da personalidade são uma e a mesma coisa. O que se pretende com esta última análise é apoiar na classificação daquele nobre doutrinador português para demonstrar a tendência brasileira em se reconhecer a titularidade de todos os direitos fundamentais às pessoas jurídicas. Em outras palavras, se direitos da personalidade são espécies de direitos fundamentais – conforme classificou CORDEIRO – e há dispositivo expresso no Código Civil que atribui a titularidade destes direitos a estes entes fictícios, então o ordenamento jurídico brasileiro já reconhece expressamente esta titularidade, pelo

⁵⁰ Tal entendimento merece ser aplaudido, sobretudo, porque majoritário – para não falar absoluto – é o entendimento de que a dignidade da pessoa humana aparece como núcleo dos direitos fundamentais. Como destacou Ingo Sarlet: (...)passando a centrar nossa atenção na dignidade da pessoa humana, desde logo há de se destacar a íntima e, por assim dizer, indissociável vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais já constitui, por certo, um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo. SARLET, Ingo. Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p.26.

⁵¹ NUNES, Anelise Coelho. Titularidade dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 95.

⁵² NUNES, Anelise Coelho. Titularidade dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 95.

menos na parte dos direitos fundamentais privados, quais sejam, aqueles tidos por direitos da personalidade.⁵³

O citado dispositivo, revela, ainda, a constatação de que a titularidade dos direitos fundamentais só poderá ser concebida às pessoas jurídicas naquilo que é compatível à sua natureza, pelo quê, obviamente, não há que se falar em direito à integridade física de uma sociedade, ao passo que o nome daquela sociedade, merece resguardo elevado à fundamentalidade.

Ante o exposto, o cenário que se revela é de que a pessoa jurídica, como ente necessário às práticas sociais modernas e cotidianas também necessita encabeçar direitos fundamentais, justamente para poder desenvolver suas práticas de forma coesa ao ordenamento jurídico. Se a pessoa jurídica também aparece como agente jurídico, não pode deixar de lhe serem atribuídos direitos fundamentais.

A sociedade empresária, portanto, espécie de empresário pessoa jurídica não pode fugir a esta constatação. Portanto, o exercício de sua atividade empresarial deverá estar resguardada pelos direitos fundamentais pertinentes, incluindo, como se verá, o direito ao lucro.

Isto revela dois aspectos já explorados neste estudo. O primeiro que os direitos fundamentais também aparecem no resguardo do sujeito enquanto ocupante de sua função empresarial, no cenário sócio-econômico. E o segundo que, ainda que este sujeito seja uma pessoa jurídica, sua prática merece garantias fundamentais. Sobretudo porque, quando se tem em mira práticas empresariais, a personalidade jurídica aparece como fator determinante, em razão de implicar, diretamente, na redução dos riscos dos empreendimentos. Ora, se a constituição de uma pessoa jurídica para o exercício da atividade empresarial, muitas vezes aparece como uma necessidade, é imperioso que ela esteja resguardada por garantias fundamentais.

1.4 Conclusões do capítulo

⁵³ Realmente, direitos fundamentais e direitos da personalidade não se confundem. Em breves linhas, diga-se que os direitos fundamentais revelam-se por expressar seu titular como membro de uma sociedade, enquanto que os direitos da personalidade, apesar de espécies daqueles direitos, limitam-se em tutelar aquele sujeito enquanto pessoa, enquanto ente personificado.

Na tentativa de delimitar um conceito para os direitos fundamentais, após todo o caminho dedilhado, num primeiro momento, pode-se concluir que os direitos fundamentais, apesar de não se confundirem com as normas de direitos fundamentais, expressam-se por esta estrutura. Assim, os direitos fundamentais dissertam sobre direitos subjetivos que, porém, revelam-se em direitos objetivos pelo fato de virem expressos em normas: normas de direitos fundamentais.

Como tal, as normas de direitos fundamentais, embora, normalmente tenham residência no texto constitucional, podem encontrar-se fora dele, desde que tenha por alicerce um direito subjetivo que revele a realização do Estado Democrático de Direito, por seus fundamentos.

É por isso que, se o direito ao lucro pelo empresário é um direito fundamental, ele deve estar expresso por uma norma de direito fundamental. E, ainda que ele não esteja expresso na Constituição, isso não retira sua fundamentalidade, uma vez que ele pode emanar de uma norma de direito fundamental materialmente considerada.

Num segundo momento, viu-se que, comumente, as normas de direito fundamental aparecem estruturadas na espécie de princípios. Isto pelo fato de que, como mandamentos de otimização, estes princípios ensejam um conteúdo que jamais poderá ser afastado podendo, somente, sofrer sopesamentos, dada uma situação concreta, em razão da máxima da proporcionalidade. Caso contrário, o afastamento de um princípio fundamental, poderia colocar em risco a própria concretude do Estado de Direito Brasileiro.

A constatação de que os direitos fundamentais nos mais das vezes se revelam como princípios trará consequências para o tema abordado neste estudo de que o direito ao lucro é um direito fundamental do empresário, sobretudo no que se refere a sua aplicação em casos concreto. Isto porque se analisará a possibilidade de aplicação da máxima da ponderação envolvendo conflitos em que aqueles sujeitos aparecem.

Finalmente, os últimos pontos do capítulo denotam a percepção de que, em razão da própria evolução das sociedades, está ocorrendo uma rearticulação do conteúdo que passa a ser considerado como de direito fundamental, bem como de seus titulares e destinatários.

Assim, os direitos fundamentais, na sua origem e nos seus primórdios, revelavam um conteúdo que representava a proteção do indivíduo frente ao Estado – vida, liberdade, igualdade, propriedade e segurança. Atualmente, as garantias fundamentais essenciais à vida em sociedade, ensejam categorias que chegam a ser

envolvidas em diversas dimensões de direitos fundamentais, que dispõe desde aqueles direitos ditos “originais” àqueles que envolvem questões ligadas à bioética, biotecnologia e espaços virtuais.

Além disso, o Estado deixa de ser o único destinatário destes direitos, para que terceiros também sejam imbuídos no dever de observar e respeitar a autonomia privada de seus semelhantes e, ainda, os homens deixam de ser os únicos titulares dos direitos fundamentais para que estes possam ser encabeçados pelos novos entes que aparecem no cenário de hoje.

Isto demonstra, portanto, que o empresário, dada sua importância no cenário social, econômico e jurídico, não pode ficar afastado desta realidade.

Em conclusão, neste primeiro capítulo, pretendeu-se traçar um panorama sobre o que representam os direitos fundamentais, sobretudo na perspectiva contemporânea.

Com o intuito de ao final demonstrar que o empresário também pode titularizar direitos fundamentais e que o direito ao lucro aparece como um destes direitos, no próximo capítulo será analisada a figura do empresário sob os vieses jurídico e econômico, bem como a essência do lucro à sua própria existência.

2 O EMPRESÁRIO E A EMPRESA

O empresário aparece como figura central do modernamente nomeado direito empresarial.

Apesar de, por um certo período, por razões essencialmente políticas decorrentes sobretudo da Revolução Francesa, o sujeito – empresário ou comerciante – ter deixado de representar o cerne daquele ramo do direito, em sua essência ele sempre o foi.

Como demonstra Rubens Requião⁵⁴, o direito empresarial passou, historicamente, por três períodos que podem ser delimitados em razão da importância que se deu – pelo menos teoricamente – àquela figura.

Assim, num primeiro momento é possível compreender o enfoque subjetivo do direito empresarial na figura do comerciante: membro de corporações, atuante em meio às feiras medievais, que apareciam, à época, como a representação máxima de mercados. Neste sentido, o direito comercial era o disciplinador de sua atividade, o norteador de suas condutas, o julgador de seus direcionamentos. Um direito tipicamente classista: o direito dos comerciantes, primeiramente, imersos naquelas corporações, posteriormente estendendo-se a todos aqueles que efetivamente exercessem o comércio.

Porém, após este período, e numa árdua tentativa; agindo contra o próprio direito empresarial – então direito comercial - visando o enfraquecimento da classe de comerciantes, intuiu o legislador no sentido de desviar o foco para um sentido objetivo. Desse modo, o direito comercial seria o disciplinador não de atividades de determinados sujeitos, mas da prática de certos atos.

A tentativa de reforma radical da base subjetiva sobre a qual até então se fundava o Direito Comercial, efetuada na esteira dos acontecimentos resultantes da Revolução Francesa, é diretamente decorrente das influências filosóficas orientadoras daquele movimento, dentro das quais o jusnaturalismo e o racionalismo pretendiam haver encontrado uma verdade definitiva, válida e permanente, tanto para a sociedade, quanto

⁵⁴ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial, vol 1. Saraiva, 2009.

para o direito nela aplicável, da mesma maneira como acontecia com as imutáveis leis da Física.⁵⁵

Assim e por tais razões, o alicerce do direito comercial deixa de ser o comerciante e passa a ser o *ato de comércio* representado pelo elenco do código comercial francês de 1807 – o Código Napoleônico - , especificamente em seus arts. 632 e 633.

Esta inversão do centro do direito comercial representou mesmo uma consonante postura frente ao princípio da igualdade jurídica formal dos cidadãos e da soberania e unidade do Estado que muito dissentia da realidade das corporações de comerciantes, cada vez mais fortes para atuar frente ao ente estatal e regidas por um direito próprio.

Em meio a este cenário vale apresentar, novamente, as palavras de Haroldo Verçosa, ao concluir sobre as razões que levaram o legislador francês a alterar o viés fundamental do direito comercial:

Na verdade, o ponto fundamental dessa mudança residiu não na formação de um direito comercial plenamente objetivo (...), mas – isto, sim – na ruptura com o regime anterior, baseado na existência de uma classe privilegiada constituída pelos membros das corporações e, portanto, fechado e essencialmente subjetivo.⁵⁶

Apesar disso, o sistema objetivo fora adotado – ou pelo menos serviu como influência – para além das fronteiras francesas.

Porém esta radical tentativa de remodelar o sistema jurídico comercial alternando artificialmente seu sustentáculo subjetivo para objetivo, não poderia apresentar resultado diverso que não o fracasso. Sem oferecer um critério geral unificador da idéia do que representava exatamente os atos de comércio, provocando inseguranças e incertezas no agir do comércio e na própria atuação jurídica, padece a teoria objetiva.

Assim detecta Rubens Requião citando, ainda, Otávio Mendes:

⁵⁵ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de Direito Comercial, vol 1. Malheiros Editores. São Paulo, 2004, p. 47.

⁵⁶ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de Direito Comercial, vol 1. Malheiros Editores. São Paulo, 2004, p. 49.

O sistema objetivista, que desloca a base do direito comercial da figura tradicional do comerciante para a dos atos de comércio, tem sido acoimado de infeliz, de vez que até hoje não conseguiram os comercialistas definir satisfatoriamente o que sejam eles. Grandes professores, entre os quais Otávio Mendes, saudoso mestre da Faculdade de Direito de São Paulo, ao passar revista sobre as insatisfatórias definições dos mais eminentes autores, melancolicamente assevera: "... resta-nos concluir, reconhecendo francamente a falência do Direito Comercial diante do problema da definição e classificação dos atos de comércio. Todos os escritos reconhecem este fato".⁵⁷

Reconhecido o fracasso, na tentativa de resgatar o direito comercial, finalmente, retorna-se ao fundamento subjetivo do agora direito empresarial. Porém, contornado por readaptações, passa a ter por alicerce a chamada teoria da empresa – teoria subjetiva moderna segundo a classificação de Rubens Requião - revelada expressamente, em primeiro plano, pelo Código Civil italiano de 1942, base às legislações que motivou.

Nota-se, pois a volta à concepção de um direito que tem como foco a tutela de uma classe – os empresários. Na verdade, sempre foi assim, apesar da tentativa da teoria objetiva de camuflar tal característica. E por que não?

Conquanto na exegese do Direito Empresarial se aplique o procedimento interpretativo geral, há que se atentar para uma especificidade do ramo: ele existe para a tutela dos interesses e a regulamentação das relações jurídicas de uma classe, qual seja, a empresarial. Conforme pretendemos demonstrar, agrega-se-lhe, então, um certo enfoque valorativo, ou seja, uma jurisprudência axiológica. Destarte, como ocorre no Direito do Trabalho para as relações de emprego, no Direito Empresarial se protegem, ou, pelo menos se deveria proteger, as relações empresariais. O foco da tutela deve ser este e, mais especificamente, a tutela do empresário e da empresa.⁵⁸

O grande problema a partir desta nova concepção apoiada na teoria da empresa, apresentava-se, sobretudo, na própria definição de *empresa* que, apesar de já ter sido mencionada quando dos atos de comércio, revelava-se a partir de múltiplos contornos e sem uma definição una. Isto porque seu conteúdo econômico, acabava impedindo uma definição jurídica precisa do que vinha ser a empresa.

⁵⁷ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial, vol 1. Saraiva, 2009, p. 12.

⁵⁸ GONTIJO, Vinícius José Marques. O empresário no Código Civil brasileiro. Revista Jurídica do Tribunal de Alçadas de Minas Gerais, nº 94.

Assim, numa tentativa de traçar um conceito jurídico preciso acerca da empresa, Alberto Asquini traçou a sua teoria dos *perfis jurídicos da empresa* que não a reconhecia como um fenômeno unitário, mas poliédrico; na verdade a empresa aparecia como um fenômeno econômico, que teria, no aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis. Segundo ele, a empresa apresentava quatro perfis: o perfil subjetivo, que a vê como o empresário; o perfil funcional, que vê a empresa como atividade empreendedora, cabe destacar aqui que, por este perfil, a empresa aparece como uma particular força em movimento, que é sua atividade dirigida ao escopo produtivo; o perfil patrimonial ou objetivo que a revela como o estabelecimento empresarial (complexo de bens destinado ao exercício da atividade empresária); finalmente, o perfil corporativo que enxerga a empresa como uma instituição.

Os três primeiros perfis têm em mira a empresa sob o ângulo individualista do empresário, já o perfil corporativo – que revela a empresa como uma organização de pessoal, constituída pelo empresário e seus colaboradores – demonstra a existência de um núcleo social organizado, em função de um objetivo comum, no qual se fundam os fins econômicos dos sujeitos envolvidos, visando o melhor resultado econômico da produção.⁵⁹

A partir da separação da empresa em vários perfis, tal teoria acabou, simplesmente, por demonstrar que, juridicamente, há o conceito de empresário (sujeito), empresa (atividade) e estabelecimento empresarial (complexo de bens), que são coisas distintas. Assim, provocou uma cisão entre o direito e a economia, justamente num dos pontos mais importantes da economia globalizada: a empresa.

Isto porque, para a economia, de forma completamente diversa dos ditames jurídicos, em breves palavras, empresa aparece como uma *unidade econômica que produz e emprega resultados destinados à cobertura de necessidades alheias, respeitando a economicidade e o equilíbrio financeiro*⁶⁰. E o empresário, como se verá, é quem dirige e organiza esta estrutura.

Ante tais divergências, este capítulo terá por foco a análise do empresário, sob a égide jurídica, em consonância com o perfil subjetivo de Asquini, o sujeito exercente da atividade empresarial. No próximo capítulo, portanto, sob a compreensão do

⁵⁹ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial, vol 1. Saraiva, 2009, p. 55.

⁶⁰ CAVALLI, Cássio Machado. Reflexões sobre empresa e economia: o conteúdo jurídico da empresa sob uma análise econômica do direito. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 44, nº 138, p. 250-256, 2005.

empresário, bem como da empresa, à luz da economia, entendida esta como firma⁶¹, será dedilhado o conceito de empresário imerso na ciência econômica.

Deste modo, passa-se ao estudo do empresário juridicamente considerado, destacando a todo momento – como é o escopo deste trabalho – a essência do lucro à sua própria existência.

2.1 O empresário imerso no cenário jurídico brasileiro – uma análise do art. 966 do Código Civil e seu parágrafo único

No Brasil, apesar do Código Comercial de 1850, ter sido deveras influenciado pela francesa teoria dos atos de comércio, o Código Civil de 2002 que revogou as expressões mais relevantes do direito comercial daquele diploma, trouxe expressamente em seu Livro II: Do Direito de Empresa; os contornos do novo fio condutor do direito empresarial.

Como cerne deste direito temos a figura do empresário, apresentada no artigo introdutório do citado Livro do Código Civil brasileiro: *Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.*

Ante o conceito, é possível extrair os atributos que definem o empresário; assim, deve o sujeito exercer a) atividade econômica; b) profissionalmente; c) com organização; d) para a produção ou circulação de bens ou serviços. Tais elementos enumerados, apresentam-se como essenciais, concomitantemente, ao empresário, apesar de poder, obviamente, sofrer variações, em razão da evolução histórica e tecnológica, da interpretação conceitual que varia no tempo, sobretudo quando se tem em mira transações de e no mercado – onde se desenvolvem as relações empresariais.

⁶¹ Cabe ressaltar que, neste momento, não se está referindo à firma como espécie de nome empresarial do empresário, como é juridicamente reconhecida. Neste momento fala-se em firma como sinônimo de empresa; assim considerada à luz de critérios econômicos e não jurídicos, como se verá em itens seguintes.

Assim, mister que se aprecie com cautela, cada elemento no intuito de distinguir e definir o empresário.

Em primeiro lugar, acerca da “atividade econômica”, melhor defini-la pelas palavras de Tullio Ascarelli:

É econômica a atividade criadora de riquezas e de bens ou serviços patrimonialmente valoráveis para o mercado consumidor (...) a produção e a troca não devem, entretanto, estar destinadas necessariamente ao mercado em geral: pode ser suficiente sua destinação a um âmbito restrito (sempre que não seja familiar) ou só a uma pessoa determinada (como para uma atividade consistente em produtos reservados exclusivamente a um só adquirente) ou a um mercado pré-determinado, como sucede para uma cooperativa de consumo, que se dedique exclusivamente a aquisição de gêneros a seus cooperados.^{62 63}

Mister, neste momento, que se alerte acerca da distinção entre “atividade econômica” e “intuito lucrativo”, expressões tantas vezes apresentadas como sinônimas. Ora, exerce atividade econômica aquele que se lança no mercado oferecendo bens ou serviços e não, necessariamente, aquele que exerce tal prática visando unicamente o lucro⁶⁴. É por isto, por exemplo, que, embora cooperativas, associações e fundações não tenham escopo lucrativo – como se verá adiante - podem exercer atividade econômica.

Apesar de tal distinção, como se verá, embora o lucro não apareça como atributo essencial à caracterização do empresário, de acordo com o art. 966 do Código Civil já mencionado, a busca pelo lucro acaba representando elemento fulcral à própria existência do empresário.

Isto porque sem lucro torna-se irrealizável a figura jurídica “empresário”, vez que inviável o próprio exercício da atividade econômica, o que culminará com a “morte” do sujeito empresário através do encerramento de suas atividades, dissolução - no caso de sociedade empresária - ou falência. Em outras palavras, o empresário que no exercício da atividade empresarial não auferir lucro terá, certamente, como

⁶² ASCARELLI, Túlio. Iniciação ao Estudo do Direito Mercantil. São Paulo: Minelli, 2007, p. 152.

⁶³ Aqui, vale aproveitar a citação do ilustre doutrinador para trazer as reflexões de Rachel Sztajn, que constatou que as cooperativas somente foram incluídas no nosso ordenamento como sociedades simples, em razão de uma escolha legislativa, uma vez que geram ganhos econômicos que são partilhados entre os sócios. SZTAJN, Raquel. SZTAJN, Rachel. Notas sobre o conceito de empresário e empresa no código civil brasileiro. Revista de Direito Privado, n. 25, p. 233-249, jan./mar. 2006.

⁶⁴ O termo lucro será apreciado mais a frente. Neste momento, entenda-se lucro como sendo o saldo positivo resultante nas operações empresariais entre tudo aquilo que foi gasto e tudo aquilo que se ganhou.

consequência, a impossibilidade de exercer atividade econômica, culminando com o fim de suas práticas ou com a sua falência. Ora, se não há exercício de atividade econômica faltará àquele sujeito um dos elementos que o caracteriza como empresário, assim, na ausência de lucro ter-se-á, conseqüentemente, a ausência do empresário.

Em segundo lugar e como segundo elemento caracterizador da figura do empresário, a profissionalidade revela-se como:

(...) a atuação contínua e especializada em um determinado campo de interesse, que se reveste de conteúdo econômico – como sua finalidade – ou seja, a apropriação privada do resultado produtivo ou o sofrimento das eventuais perdas (...). Apresenta-se, portanto, no exercício profissional da atividade, os aspectos *temporal* e *lucrativo*. (...). Pode-se dizer, em outras palavras que o exercício da atividade dá-se ao longo do tempo e ela não é altruísta. Considerando que a atividade deve ser efetivamente realizada profissional e habitualmente, acrescentam-se, ainda, os requisitos da *voluntariedade* e da *consciência do comportamento* (comportamento efetivamente “atuante”).⁶⁵

A partir da definição torna-se nítida a inserção, aqui sim, do intuito lucrativo, já que o exercício profissional de uma dada atividade – no caso a empresa – implica não somente empenho voluntário efetivo não eventual, como, obviamente, que tal empenho traga um saldo positivo: para os empregados o salário; para os empresários o lucro.

O que pode trazer algum problema é na definição de profissionalidade quando o sujeito empresário é uma pessoa jurídica. Assim, o que seria o exercício profissional de uma dada atividade por uma pessoa jurídica?

Segundo a melhor doutrina, quando se tem em mira uma sociedade empresária, a profissionalidade é definida em razão do seu escopo⁶⁶. Neste caso, este, necessariamente, deverá ser uma atividade econômica exercida de forma organizada para a circulação ou produção de bens ou serviços.

O terceiro requisito essencial à caracterização da figura jurídica do empresário é a organização. Aqui assolam alguns problemas doutrinários. Isto porque grande parte dos autores, entre eles José Edwaldo Tavares Borba, Fábio Ulhoa Coelho, Ricardo Negrão, Mônica Gusmão, vêm compreendendo tal atributo a partir da existência de

⁶⁵ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de Direito Comercial, vol 1. Malheiros Editores. São Paulo, 2004, p. 137.

⁶⁶ ASCARELLI, Tullio. O Desenvolvimento Histórico do Direito Comercial e o Significado da Unificação do Direito Privado. Revista de Direito Mercantil, nº 114, p. 251.

exploração de mão de obra alheia. Assim, somente se verificaria a organização, caso o empresário contasse com o apoio de auxiliares ou colaboradores.

Vê-se, portanto que a conclusão básica para a caracterização do empresário repousa na organização. É a organização que distingue o empresário do profissional autônomo. O autônomo opera pessoalmente, ou, quando muito, com a colaboração de familiares ou de poucos auxiliares subalternos. O empresário apóia-se em uma organização que poderá ser de pequena monta ou de grande expressão, mas que, em qualquer dos casos, compreenderá a articulação do trabalho alheio e de meios materiais.⁶⁷

Vê-se, portanto, que o fundamento de sua tese é a distinção entre o trabalho empresário e o autônomo de modo que este último, não conta com auxiliares e colaboradores, sendo que, ao revés, aquele deverá contar.

Porém, usar tal fundamento para a distinção destes sujeitos parece um tanto quanto desarrazoado. Segundo Vinícius Gontijo é um equívoco doutrinário supor que o autônomo não possa contar com o auxílio de mão de obra alheia. Idéia que resta reforçada, quando se constata que, atualmente, é possível o exercício de atividade autônoma por pessoa jurídica:

(...) atualmente se admite o exercício de atividade autônoma por pessoa jurídica, caso em que haverá fungibilidade do trabalhador decorrente da impensoabilidade que orienta a prestação do serviço, que poderá ser executada por diversas pessoas empregadas da sociedade.⁶⁸

Apesar do enorme respeito aos grandes doutrinadores elucidados, parece ser o entendimento da desnecessidade da manutenção de mão de obra alheia o mais adequando à realidade; restando, portanto, a distinção entre autônomos e empresários à regra apresentada pelo parágrafo único do art. 966 do Código Civil que em breve será elucidado.

Assim, o que definiria o atributo da organização seria mesmo o concatenamento das etapas produtivas na elaboração do produto; a estruturação e articulação das

⁶⁷ BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. Renovar. Rio de Janeiro, 2003; p. 13.

⁶⁸ GONTIJO, Vinícius José Marques. O empresário no Código Civil brasileiro. Revista Jurídica do Tribunal de Alçadas de Minas Gerais (RJTAGM), nº 94.p. 29. O autor cita ainda, DELGADO, Maurício Godinho. Sujeitos do Contrato de Trabalho: O Empregado. In: BARROS, Alice Monteiro de (coord). Curso de Direito do Trabalho – Estudos em Memória de Célio Goiatá. São Paulo: LTr, 1993, v. 1, p. 258 – 261.

fases e bens utilizados para a prestação do serviço; tudo isto visando o fim último, o exercício da empresa.

Finalmente, como último requisito essencial tem-se a produção ou a circulação de bens ou serviços. Aqui, o que cabe ser apreciado é que os bens ou serviços devem ser objeto de negociação em mercados. Isto, portanto, exclui aqueles que produzem visando seu sustento próprio.

Além disso, nunca é demais lembrar as palavras de Tullio Ascarelli já elucidadas alhures quando afirma que a produção e as trocas não precisam estar destinadas a um mercado geral, podendo também ter como destino um mercado restrito, desde que não seja familiar.⁶⁹

Ante tudo que se disse, vê-se, portanto, que para que uma pessoa física ou jurídica se revele como empresário é necessário dotar-se destes quatro atributos.

No entanto, num sentido de conceituar o empresário de forma mais completa, caberia afirmar que empresário é um sujeito que desenvolve atividade econômica, lícita, de forma profissional, organizada, para a circulação e produção de bens ou serviços, que esta atividade destina-se a mercados e, ainda, que seu intuito é lucrativo.

Deve-se ter em mente que a atividade empresária se caracteriza pelo exercício de: a) uma atividade; b) econômica; c) profissionalmente exercida; d) de forma organizada; e) destinada a atingir o mercado; f) com finalidade lucrativa; e g) lícita. Finalmente, deve-se procurar o lucro no exercício dessa atividade. Essa busca pelo *lucro* na prática desses atos torna-se relevante para a caracterização do empresário, pois quem reiteradamente compra bens para seu consumo, como livros para sua biblioteca particular, evidentemente, não será empresário. Georges Ripert considera que o empresário busca proveito pecuniário, devendo, além do mais, praticar atos reiterados com profissionalismo.⁷⁰

Porém, como o objeto do estudo é dedilhar e delimitar o conceito jurídico de empresário, insta num segundo momento apresentar suas exceções. Afinal, segundo revela o parágrafo único do art. 966 do Código Civil,

⁶⁹ ASCARELLI, Túlio. Iniciação ao Estudo do Direito Mercantil. São Paulo: Minelli, 2007, p. 152.

⁷⁰ CATEB, Alexandre Bueno. *Análise Econômica da Lei de Sociedades Anônimas*. In TIMM, Luciano Benetti. Direito & Economia. Revista dos Advogados, Porto Alegre, 2009, p. 265.

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.

2.1.1 As exceções ao conceito jurídico de empresário. O art. 966, parágrafo único do Código Civil

Como visto, para ser empresário não basta somente que o sujeito exerça atividade econômica de forma profissional, organizada para a circulação ou produção de bens ou serviços, é necessário, também, que esta atividade não seja de caráter intelectual, de natureza científica, literária ou artística, pois, neste caso, esta atividade não é considerada empresa e, portanto seu exercente não é empresário.

Num primeiro momento, pode-se questionar o porquê da existência de tal injustificável exclusão. Porém, é fácil compreender as razões quando se adentra na própria essência da fundamentação do direito empresarial.

Assim, para compreender as razões que levaram a tal distinção é mister conhecer a longa e enriquecedora discussão acerca da dicotomia ou não do direito privado, sobretudo o diálogo travado entre Cesare Vivante e Alfredo Rocco.

Cesare Vivante, em 1892, em sua aula inaugural na universidade de Bolonha, pronunciou-se pela unificação do direito civil e comercial, de forma a ser, portanto, o direito privado constituído de um único ramo. Naquela época, sabe-se que a estrutura do direito comercial era representada pelos atos de comércio. Neste sentido, Vivante combatia com veemência a então dicotomia do direito privado sobre os argumentos de que: as regras comerciais representavam obras de uma classe bem menos numerosa que a generalidade dos cidadãos cujas práticas se disciplinam pelo direito comum; havia uma penosa insegurança na definição da natureza das causas jurídicas; os juízes e tribunais ganhavam um poder enorme na fixação da natureza dos atos de comércio quando eles não se encontravam expressamente elencados; era inútil a existência de dois códigos quando ambos regulavam a mesma matéria; o cientista jurídico acabava perdendo de vista a teoria geral das obrigações quando se empenhava no estudo do direito comercial, o que representava uma catástrofe.

Em reação, Alfredo Rocco combateu ponto a ponto o que fora defendido por Vivante expressando a demonstração máxima da impossibilidade de se unificar os dois ramos do direito privado. Seu mais forte e imbatível argumento foi acerca da moral que envolve aquela classe de comerciantes; moral esta que os diferencia de qualquer outro homem do povo e lhe permite ter suas atividades regidas por um direito próprio.

Posteriormente, Vivante se retratou, passando a se enquadrar na corrente que pregava a dicotomia entre direito civil e comercial⁷¹. João Eunápio Borges, apresenta este embate e, citando as palavras de Vivante quando de sua retratação revela:

A autonomia do direito comercial, que se formou historicamente em face de razões de classe, encontra assim, hoje, uma razão mais profunda e mais ampla para ser conservada na função cosmopolita do comércio, e especialmente do grande comércio e no diverso espírito que anima o especulador e o homem da economia rural e doméstica, conservadores de suas tradições.⁷²

Alicerçado sobre a teoria da empresa hoje, revendo os argumentos de Vivante, é possível perceber sua incompatibilidade na grande maioria de seus argumentos. Pelo quê, embora tenha ocorrido uma “certa unificação formal” entre o direito comercial e o civil, de modo que grande parte do regramento do direito empresarial passou a residir no Código Civil, não há que se falar em unificação real. Ora, o direito empresarial mantém-se como um ramo do direito distinto, com fundamentos, princípios e regras próprios.

*O Código Civil de 2002 não unificou o direito privado. Limitou-se a eliminar o tratamento diferenciado do direito das obrigações e dos contratos. Só isso.*⁷³

Além disso, matém-se fora do diploma civilista toda regulamentação acerca das sociedades anônimas, dos títulos de crédito típicos, da falência e recuperação de empresas, da propriedade industrial, da concorrência, do comércio marítimo e aeronáutico.

Vê-se pois que, nunca houve a unificação real entre direito civil e empresarial e o fundamento que sempre sustentou com solidez esta postura é a moral empresarial.

⁷¹ Todo este diálogo é apresentando por João Eunápio Borges. In BORGES, João Eunápio. Curso de Direito Comercial Terrestre. Forense. Rio de Janeiro. 1991, p. 52 e ss.

⁷² BORGES, João Eunápio. Curso de Direito Comercial Terrestre. Forense. Rio de Janeiro. 1991, p. 60.

⁷³ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. Unificação do direito privado e direito empresarial. Roteiro de Palestre efetuada em aula inaugural do Curso de Direito Societário na Escola de Advocacia da OAB/MG.

Assim, a única característica que poderia diferenciar o empresário do não-empresário, porém também exercente de atividade econômica, é a “moral” que envolve aquele e não este. O empresário, no exercício de sua atividade tem, como único objetivo, o lucro. E é a obtenção de lucro que o mantém vivo para o exercício de suas atividades no ambiente do mercado. Para tal, ele se envolve em relações arriscadas no mercado, muitas vezes, pratica atos que, embora sejam consonantes a sua “moral”, são tidos como amorais pela sociedade em geral. Tudo isto, visando um único objetivo: o lucro.

Neste sentido destacou Rubens Requião, analisando as características do individualismo e onerosidade do direito empresarial:

(...) *Individualismo*. As regras de direito comercial inspiram-se em acentuado individualismo, porque o lucro está diretamente vinculado ao interesse individual. (...) *Onerosidade*. Precisamente porque o objeto do comerciante é a obtenção de lucro, não se concebe na atividade comercial a gratuidade. A onerosidade é a regra, e ela se presume.⁷⁴

Assim, após tal constatação acaba ficando fácil compreender a opção do legislador brasileiro de excluir os prestadores de serviços intelectuais dos empresários, conforme o parágrafo único do art. 966 do Código Civil. Isto porque fica evidente o intuito de deixá-los afastados daquela “moral” que envolve os empresários.⁷⁵

Nota-se, pois, que desejou o legislador brasileiro – e assim o fez – por excluir da “mentalidade empresarial” todo aquele prestador de serviço, exercente de atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, já que tais serviços acabavam por revelar uma atenção pessoal ao consumidor que, portanto não deverá se resumir ao caráter empresarial individual e oneroso.

O Código Civil (art. 966, § único) exclui, entretanto, da condição de empresário, ainda que exercendo o seu mister de forma organizada, todos aqueles que se dedicam a profissões de natureza intelectual, científica, literária ou artística. São os chamados profissionais liberais, cujas atividades por força de uma tradição que as considera qualitativamente distintas da atividade econômica ordinária (“diversa valoración social”), representariam sempre um trabalho pessoal, salvo quando constituam (art. 966, § único) elemento de empresa.⁷⁶

⁷⁴ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial, vol.1. São Paulo. Saraiva, 2009, p. 31.

⁷⁵ Neste sentido também encontra-se a interpretação à vedação legal para que magistrados, membros do Ministério Público, militares, servidores públicos em geral, exerçam a empresa.

⁷⁶ BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 14.

Incluídos neste conjunto encontram-se, então, segundo a opção do legislador brasileiro, não somente aquelas pessoas físicas prestadoras de serviços intelectuais, mas também as sociedades simples – que tem esta espécie de serviço como seu objeto - , as cooperativas, e a pessoa física ou jurídica exercente de atividade de caráter rural que opta por não se submeter ao regramento empresarial, registrando-se no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.⁷⁷

Apesar disso, não se pode deixar passar a oportunidade de criticar a opção legislativa. Afinal, em razão de toda a evolução mercadológica representada pela quebra de barreiras físicas, quando se passa a ter um mercado global e até virtual; ainda, pelo desenvolvimento tecnológico que permite um aprimoramento de técnicas envolvendo não somente produtos, mas também serviços, na maioria das vezes perde-se a pessoalidade e intimidade que dantes envolvia a prestação pelos intelectuais: os profissionais liberais. Pelo quê, nos tempos atuais é nítido perceber a “ética” empresarial envolvente de médicos e suas clínicas, advogados e seus escritórios, artistas e seus espetáculos⁷⁸... Portanto, porque então se manter a dicotomia em relação a tais prestadores de serviços? Por uma questão de tradição que já está superada?

Neste sentido também constatou Rachel Sztajn, citando Galgano:

Galgano refere-se à mercantilização de muitas profissões, mercantilização esta que tende a acentuar-se com a organização de estabelecimentos e sua cessão; com a idéia de existência de aviamento e clientela, de profissionais exercentes de atividades não empresariais, o que reforça o argumento de que é preciso repensar a separação para ampliar o âmbito de incidência das normas empresariais.⁷⁹

Além disso, não há razões que sustentam a opção do legislador brasileiro para criar a regra de opção para o exercente de atividade rural! Parece um tanto quanto absurda frente a realidade! Aqui, cabe o apoio nas palavras de Rachel Sztajn que, além de concluir pelas razões tradicionais para justificar a dicotomia das atividades

⁷⁷ É o que revela os arts. 971 e 984, ambos do Código Civil.

⁷⁸ Os artistas, já tinham sua atividade elencadas como ato de comércio pelo Regulamento 737/1850.

⁷⁹ GALFANO, Francesco. Associazioni non riconosciute – comitati. Bolonha: Zanichelli, P. 15. APUD SZTAJN, Rachel. Teoria Jurídica da Empresa. Atlas, São Paulo, 2004, p. 114.

empresariais e não empresariais, finaliza com a inexplicável separação no que se refere ao rural.

A lei brasileira desenha uma especificidade outra, que não se prende ao destino da produção ou à destinação do resultado, focando a distinção sobre características personalíssimas do exercente da atividade, ou características históricas. É o caso da atividade agrícola, quando explorada de forma organizada para mercados, portanto sob forma empresarial, faculta-se ao exercente inscrever-se, ou não, no Registro Público de Empresas Mercantis. Inexplicável a distinção do exercente que, se escolher a inscrição, será tratado como empresário, enquanto outra pessoa, no mesmo setor, que não vai ao registro estará fora do âmbito de fiscalização no que se refere à disciplina da empresa.⁸⁰

Superadas as críticas cabe, ainda, uma última análise no intuito de concluir a delimitação acerca da figura do empresário. É esta aquela que recai sobre a expressão *elemento de empresa* inserta ao final do texto do parágrafo único do art. 966 do Código Civil que vale ser retomado:

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. (*Destaquei e grifei*).

Apesar da expressão *elemento de empresa* não apresentar sentido jurídico claro, coube – e ainda cabe – à doutrina, uma série de interpretações acerca da expressão. Finalmente, todas chegaram à conclusão de que a atividade intelectual torna-se *elemento de empresa*, quando passa a ser vista dentro de um contexto econômico complexo, pelo quê, seu exercente deixa de ser um autônomo e passa a ser um empresário, dotado de todas as características que o envolve⁸¹.

⁸⁰ SZTAJN, Rachel. Teoria Jurídica da Empresa. Atlas, São Paulo, 2004, p. 116.

⁸¹ Importante que se destaque alguns conceitos de elemento de empresa apresentado por nobres doutrinadores: Assim, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa anota que (...) *a atividade intelectual leva seu titular a ser considerado empresário se ela estiver integrada em um objeto mais complexo, próprio da atividade empresarial. E, em tal circunstância, a ressalva deveria estar melhor formulada referindo-se a “elemento da empresa”. Melhor ainda, substituindo-se a redação equivocada por outra, ou seja, “salvo se o exercício da profissão constituir parte do objeto da empresa”*. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de Direito Comercial, vol 1. Malheiros Editores. São Paulo, 2004, p. 150. Ainda, José Edwaldo Tavares Borba citando Ascarelli prescreve que (...) *é mais uma vez, Ascarelli, ao se deter sobre preceitos idênticos do Código italiano, que elucida o que se deve entender por “trabalho intelectual como elemento de empresa”, hipótese que ocorreria quando a organização suplantasse por inteiro o trabalho intelectual propriamente dito, como é o caso “de las casas de salud o de cura”, que com “el ejercicio de su actividad ofrezca los servicios de profesionales”. Os serviços profissionais, embora relevantes,*

Sylvio Marcondes, na proposta de reforma do Código Civil de 1916 já havia afirmado que:

(...) os “profissionais intelectuais” (profissionais liberais) não deveriam nem poderiam ser considerados empresários a não ser quando, organizando-se como empresa, assumissem a veste de empresário. Assim, o médico enquanto opera ou realiza um diagnóstico, está prestando serviço resultante de atividade intelectual, não se caracterizando como empresário. Mas, a partir do momento em que organiza fatores de produção, isto é, une capital, trabalho, equipamentos na instalação de um hospital, então o hospital é empresa, e o dono ou titular desse hospital, seja pessoa física ou jurídica, será considerado empresário.⁸²

Portanto, de tudo que se expôs é possível concluir, finalmente, que, juridicamente, empresário é hoje, no Brasil, aquela pessoa física ou jurídica exercente de uma atividade econômica, lícita, de forma profissional, organizada, para a circulação ou produção de bens ou serviços em mercados, com escopo lucrativo, exceto se praticar atividade intelectual que não constitua elemento de empresa.

2.1.2 O empresário coletivo: as sociedades empresárias

O Código Civil Brasileiro, especificamente, o art. 981, define o conceito legal de sociedades asseverando que *celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.*⁸³

A partir deste conceito, resta evidente que o que difere a sociedade das demais espécies de pessoas jurídicas de direito privado é o seu escopo traduzido no exercício da atividade econômica e na partilha dos resultados entre os sócios.

Assim, analisando o conceito de fundação, expresso no art. 62 do Código Civil⁸⁴ e seu parágrafo único, vê-se que esta pessoa jurídica se refere a uma dotação especial

tornam-se instrumentais. BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 14.

⁸² MARCONDES, Sylvio. Questões de direito mercantil. São Paulo. Max Limonad, 1971, p. 11.

⁸³ Código Civil, art. 981.

⁸⁴ Código Civil, art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se

de bens livres, voltada a uma finalidade única que não é atividade econômica, mas religiosa, moral, cultural ou de assistência.

Num segundo momento, dedilhando o conceito legal de associação expresso no art. 53 e seu parágrafo único do Código Civil⁸⁵, vê-se que, embora esta represente – assim como as sociedades – uma reunião de pessoas para um fim único, que não econômico.

Neste momento, há que se fazer uma ressalva.

Embora associação e fundação não se destinem à atividade econômica, elas podem exercê-la, obviamente, desde que tal atividade não represente seu fim, mas um meio para melhor satisfação e concretude de seu objeto.

Caio Mário da Silva Pereira, distinguindo associação de sociedade – sem entrar, portanto, no conceito de fundação que muito se difere dos demais tipos por se tratar de uma dotação patrimonial– destacou:

Associação de fins não lucrativos é aquela que se propõe a realizar atividades não destinadas a proporcionar interesse econômico a seus associados (...). Com este critério classificam-se ainda na categoria de associações ideais aquelas que realizam negócios visando ao alargamento patrimonial da pessoa jurídica, sem proporcionar ganhos aos associados. Assim, a procura de vantagens materiais acessórias, indispensáveis à sobrevivência da associação, não lhe retira o caráter não lucrativo de seu fim social.⁸⁶

Ante tal destaque pode-se compreender, então, porque um clube de recreação e lazer que normalmente se molda na forma de associação pode, por exemplo, vender camisas e acessórios. Isto ocorre porque o valor adquirido com as vendas não será devolvido aos seus associados, mas aplicado no próprio clube, oferecendo maior comodidade e prazer. Assim, apesar de praticar atividade econômica, o faz não como finalidade, mas como meio de realização de seu fim que é, justamente, propiciar o lazer a seus associados, da melhor forma possível.

Em outras palavras e de uma forma geral, uma associação pode ter fim econômico sem, porém, ter fim lucrativo. Ou seja, sua atividade pode gerar resultado

quiser, a maneira de administrá-la. Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.

⁸⁵ Código Civil, art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos. Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.

⁸⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Curso de Direito Civil. Parte Geral. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 215.

econômico, mas não há finalidade lucrativa, porque seu resultado não é distribuído entre os associados, mas investido na própria associação.

Vê-se, pois que somente as sociedades têm finalidade lucrativa, já que, além de seu objeto necessariamente ser uma atividade econômica, os resultados deverão ser repartidos entre os sócios.

Assim, após diferenciar a sociedade das demais espécies de pessoas jurídicas, resta mister o estudo destas suas duas principais características: o exercício de atividade econômica e a distribuição do resultado entre os sócios.

Para tal, é necessário, em primeiro lugar, conforme já explanado retomar o que se perquiriu acerca do exercício de atividade econômica citando, novamente, as palavras de Tullio Ascarelli concluindo que representa *atividade criadora de riquezas e de bens ou serviços patrimonialmente valoráveis para o mercado consumidor*.⁸⁷

Desta análise é possível compreender que as sociedades não só realizam atividade econômica, como também o fazem com intuito lucrativo. Isto porque a distribuição dos resultados entre os sócios representam a segunda característica diferenciadora destas pessoas jurídicas.

Aqui, há que se fazer algumas ponderações.

Ao término de cada exercício social, as sociedades, em razão do exercício da atividade empresarial, podem ter auferido um resultado positivo ou negativo. Independente do efeito que se verificou, a mesma deverá distribuí-lo entre seus membros. Caso o saldo tenha sido positivo – lucro – o mesmo deverá ser distribuído entre os sócios, na proporção estipulada em lei ou no instrumento de constituição. Entretanto, caso o saldo tenha sido negativo, são os próprios sócios que deverão arcar com o prejuízo, de modo que este será, da mesma forma que o lucro, repartido entre eles.

O Código Civil, em seu art. 983, enumera os tipos societários, a saber: sociedade simples, sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade em comandita por ações, sociedade anônima. Mas da disciplina de cada tipo resta límpido verificar que a distribuição do lucro aparece como um direito essencial dos sócios em qualquer espécie societária⁸⁸.

⁸⁷ ASCARELLI, Túlio. Iniciação ao Estudo do Direito Mercantil. São Paulo: Minelli, 2007, p. 152.

⁸⁸ Lei 6404/1976 – Lei das Sociedades Anônimas - Art. 109. Nem o estatuto social nem a assembléia-geral poderão privar o acionista dos direitos de: I - participar dos lucros sociais; Código Civil, art.1.007: Salvo estipulação em contrário, o sócio participa dos lucros e das perdas, na proporção das respectivas

O regramento legal das sociedades simples – que pode ser aplicado de forma subsidiária às sociedades limitadas e representa norma supletiva a todas as demais espécies societárias contratuais – prevê que a inclusão de cláusula que vede ou limite o direito à participação nos lucros pelos sócios é considerada nula, nos termos do art. 1008 do Código Civil: *É nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas.*

E, ainda que a sociedade limitada seja regida supletivamente pela Lei 6404/76 – Lei de Sociedades Anônimas –, também será indisponível e irrenunciável a cláusula que assegure a todos os sócios a participação nos lucros. Como ocorre em relação às Companhias.⁸⁹

Ainda, nas sociedades anônimas, vê-se que o lucro pode ser destinado à reserva legal, reserva estatutária, reserva para contingências, retenção de lucro, reserva de lucro a realizar e reserva de capital. Caso o lucro não seja destinado a um destes “fundos”, deverá ser distribuído como dividendo (lucro distribuído pela sociedade anônima aos seus acionistas). A lei da companhia prevê, inclusive, o dividendo obrigatório, que representa o imperativo para que a sociedade, ao término de cada exercício, distribua percentual do seu lucro entre os acionistas.

Ante tais previsões legais, a falta reiterada da distribuição de dividendos revela que a companhia não está atingindo o seu fim, justificando-se o pedido de sua dissolução com fundamento no art. 206, II, b: *“Dissolve-se a companhia: [...] II – por decisão judicial: [...] b) quando provado que não pode preencher o seu fim em ação proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social”*.⁹⁰

Vê-se, pois que, o intuito lucrativo, quando se tem em mira o conceito de sociedade, embora não apareça expressamente em seus requisitos legais essenciais, acaba o sendo de forma indireta quando se observa a distribuição dos resultados entre os sócios. Isto porque é necessário que se tenha um resultado positivo na realização do objeto social para que se possa aperfeiçoar o instituto *sociedade*, que não só distribui o resultado entre os sócios, como também realiza atividade econômica.

Explicando melhor: embora, para se ter presente o conceito de sociedade, também possa ser possível que, ao final do exercício social tenha-se chegado a um

quotas, mas aquele, cuja contribuição consiste em serviços, somente participa dos lucros na proporção da média do valor das quotas.

⁸⁹ Já elucidado em nota de rodapé anterior: Art. 109, I da Lei 6404/76.

⁹⁰ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. Sociedade Anônima. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 292.

resultado negativo, não auferindo lucro, isto acabará por culminar na morte da sociedade – dissolução ou falência – vez que estará incapaz de exercer atividade econômica.

Assim, embora o conceito de sociedade apresentado pelo Código Civil no art. 981 não inclua o intuito de lucro como requisito essencial, limitando-se ao exercício de atividade econômica e distribuição dos resultados entre os sócios, ele acaba aparecendo de forma indireta, como se viu, como essencial às sociedades.

Feitas tais ressalvas, cabe, a partir daqui, destacar a classificação das sociedades apresentada pelo Código Civil em simples e empresárias.

Como espécies do gênero sociedades que são, ambas dedicam-se à atividade econômica e à distribuição dos resultados entre os sócios. Portanto, o que as difere não poderia estar destacado em uma destas características, mas sim no seu objeto social. Assim, o que as diferencia não é o escopo lucrativo como ocorre com as associações e fundações, mas, exclusivamente, o objeto social; a atividade que exercem.

Desta feita, o legislador brasileiro, conforme analisado, distinguiu algumas atividades econômicas que não representam atividades empresariais, pelo quê, acabam por constituir o objeto social daquelas sociedades simples.

Assim, o art. 966 do Código Civil revela o conceito de empresário, que se organiza na forma de empresário individual – pessoa física – ou sociedade empresária – pessoa jurídica.

Neste sentido, sociedade empresária é aquela que exerce atividade econômica de forma profissional, organizada, para a circulação ou produção de bens ou serviços. Como se destacou, no parágrafo único do mesmo artigo, o legislador excluiu do objeto das sociedades empresárias, atividades intelectuais de caráter científico, literário ou artístico, o que acabou se tornando uma das atividades das sociedades simples.

Ratifica-se, novamente então, que a pessoa física ou jurídica que desenvolva profissão intelectual de natureza científica, literária ou artística, terá sua atividade apartada das normas do direito de empresa, ainda que a pratique com intuito lucrativo.⁹¹ Cabe a ressalva, conforme destacado alhures; desde que tal atividade não constitua elemento de empresa.

⁹¹ PIMENTA, Eduardo Goulart. Exclusão e Retirada de Sócios. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 22.

Além disso, somente para lembrar, enquadram-se como sociedades simples aquelas que tenham por objeto a atividade rural, sem ter, contudo, realizado o registro da Junta Comercial.

Ainda, constituem uma última espécie de atividade englobada pelas sociedades simples as cooperativas⁹².

Segundo sua conceituação legal extraída da lei 5764/71, art. 3º: *celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.*

Vê-se, pois, que como espécie de sociedade que é, as cooperativas visam o exercício de atividade econômica, porém, aqui, o intuito lucrativo que se consolida na distribuição dos resultados acaba sendo substituído pelo proveito comum. Este, na verdade, representa uma melhoria da situação econômica do cooperado. Porém, vale destacar a posição de Carvalho de Mendonça, com a qual comunga a tese deste trabalho, de que este “proveito comum”, de alguma forma, acaba representando nada mais nada menos que o próprio lucro.

As sociedades cooperativas não visam promover lucro para distribuí-los em dinheiro entre os sócios; propõe-se, sim, a adquirir mercadorias, produtos e víveres para o fim de revender-lhes o mais barato possível, a fornecer-lhes crédito com melhores e mais justas vantagens do que os estabelecimentos bancários, a proporcionar-lhes a aquisição de habitações mais cômodas, mais higiênicas e mais baratas do que as que podiam obter de empresas construtoras. Elas assim o fazem com o escopo de procurar ou criar em favor dos sócios as condições técnicas do mínimo de custo. Ora, tudo isso representa também um lucro, nem outro alvo têm os sócios. Além disso, podem elas ainda especular, auferindo lucros pecuniários fora do círculo dos sócios em cuja vantagem direta se inspiram⁹³.

E, ainda, o espanhol José Senent Vidal citado por Maria Helena Diniz:

⁹² Art. 982. 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. Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

⁹³ MENDONÇA, J.X. Carvalho de. Tratado de Direito Comercial Brasileiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol 04, p. 1442.

Visa (a cooperativa) a satisfação de interesses comuns dos cooperados, mediante ajuda mútua e a criação de um patrimônio irrepatriável, que garanta a manutenção da sociedade. Não tem objetivo especulativo apesar de a lucratividade não se incompatibilizar com sua natureza jurídica, visto que o lucro pode advir de sua boa administração.⁹⁴

Conclui-se, portanto, que embora o objetivo último das cooperativas não seja o lucro, este pode aparecer como decorrência da sua própria atividade. Daí dizer que não há neste ente intuito, finalidade, escopo de lucro, embora realize atividade econômica. Aqui o intuito é o proveito comum. O lucro pode ser uma decorrência natural, mas não um objetivo.

Assim, é possível compreender, a partir do exposto, que a sociedade cooperativa muito se assemelha às associações; talvez mais que às próprias sociedades simples. Porém, restringir-se-á suas análises a este ponto, ante a densidade da questão.

Neste momento, o estudo se aterá a definição de sociedade e à classificação das sociedades em simples e empresárias, compreendendo, desta forma, as cooperativas como espécies de sociedades simples (art. 982, parágrafo único do Código Civil) que, portanto, visam o exercício de atividade econômica sem, contudo, caminhar no sentido lucrativo.

Num intuito conclusivo, vê-se, pois, que as sociedades empresárias são aquelas cujo objeto é o exercício de atividade econômica para distribuição do resultado entre os sócios. Este também representa o conceito das sociedades simples, porém estas abarcam objetos específicos, conforme explanado.

Além disso, vale relembrar a questão advertida alhures que revela o caráter individualista e oneroso que rege os empresários, movidos e envolvidos pela sua “ética” empresarial.

Pelo quê, limitando-se ao objeto deste trabalho, feita a diferenciação, deixa-se de lado as sociedades simples, para focar o estudo no empresário, na sua forma de pessoa física ou jurídica perquirindo o sentido do lucro à sua essência.

2.1.3 A figura jurídica “empresário” e sua relação com o lucro

⁹⁴ VIDAL, José Senent. Apud DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 8. Direito de Empresa. São Paulo: Saraiva, 2009.

Magno Mateus da Rocha em sua brilhante obra: *O Lucro* - que analisa a história das nações a luz deste instituto - em seu capítulo inaugural simplesmente qualifica-o como *o proveito ou vantagem que se tira de alguma coisa*.⁹⁵

A contabilidade apresenta alguns conceitos e espécies de lucro, porém neste momento e tendo em mira as sociedades empresárias, o lucro – de uma forma geral – representa o resultado positivo advindo de todo ganho patrimonial gerado no exercício da atividade social (compra e venda, prestação de serviços...) reduzido das despesas que a sociedade teve para o cumprimento de suas obrigações (despesas com empregados, pagamento de tributos, aluguéis, contas de água, luz, telefone...).

Neste sentido, conforme asseverou o doutrinador português Manuel Antônio Pita, *para a contabilidade, lucro é a diferença entre os custos e os proveitos*⁹⁶. Segundo o mesmo autor, já analisando as sociedades, (...) *os comercialistas entendem o lucro como os incrementos do patrimônio decorrentes dos atos praticados no desenvolvimento do objeto social*.⁹⁷

De qualquer forma, o lucro sempre representará o saldo positivo advindo da operação de subtração entre o resultado de tudo aquilo que foi despendido para a execução da atividade a que se propôs e os recursos utilizados para seu desenvolvimento.

Assim, ante o conceito de lucro, pode-se compreender que este sempre será o escopo da sociedade empresária e do empresário individual. Isto porque o exercício da atividade econômica, que é requisito essencial a ambos, somente será viável se houver receita para a aquisição dos fatores de produção e de estímulo para se permanecer exercendo a atividade a que se propôs. Seria como dizer que, como o salário estimula o empregado ao trabalho, o lucro estimula o empresário à empresa.

Mas a expressão do lucro não se limita à manutenção da empresa – atividade – e à essência da vida do empresário, vai além, se manifestando perante, inclusive, a própria sociedade⁹⁸ e mesmo o Estado.

⁹⁵ ROCHA, Magno Matheus. *O Lucro*. São Paulo: Scortecci, 2003, p. 4

⁹⁶ PITA, Manuel Antônio. *O direito aos lucros*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 33.

⁹⁷ PITA, Manuel Antônio. *O direito aos lucros*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 34.

⁹⁸ A expressão sociedade aqui deve ser interpretada não como uma espécie de pessoa jurídica, mas como a sociedade de um país, representada por todos os seus cidadãos.

Como todo e qualquer ser social, o empresário – pessoa física ou jurídica – e a empresa, como a atividade exercida por ele, também possuem uma função social para a qual se focam. Em outras palavras, o empresário tem um papel que deve ser cumprido na forma a que se propôs no cenário social como exercente da empresa.

Alexandre Bueno Cateb, analisando a função social das sociedades anônimas, consegue, perfeitamente, esclarecer esta questão:

(...) Função social, contudo, não diz respeito à atuação da empresa perante a sociedade em que atua. Ao contrário, diz respeito à forma como a companhia deve cumprir a função para a qual se propõe. Defendemos que “função social” equivale a dizer que uma determinada companhia se propõe ao exercício de determinada atividade, de forma lícita e eficaz, gerando empregos e tributos, produzindo riquezas e satisfazendo os interesses de seus acionistas. Enfim, atendendo às necessidades do mercado e da sociedade. Assim fazendo, a companhia cumpre sua função quando produz, industrializa ou revende as mercadorias ou presta os serviços propostos em seu estatuto. Além disso, a companhia deve garantir que a realização de sua atividade deverá vir acompanhada de negócios lícitos, nos quais serão gerados tributos devidos em função da atividade econômica desempenhada. Para que a atividade possa se desenvolver, é necessário que também seja exercida de forma a gerar trabalho e empregos. Por fim, o exercício de todas essas atividades deverá ser feito de forma a maximizar os ganhos e lucros da sociedade e, por consequência, dos acionistas. Essa é a função social da companhia. Para isso, investidores aplicam seus recursos na aquisição de ações. Não é outro o objetivo, senão o de capitalizar seu investimento.⁹⁹

Assim, empresários, como exercentes da empresa, têm um papel social a cumprir que, de forma resumida, acaba sendo a geração de riquezas, a partir do oferecimento de empregos, produtos, serviços e, obviamente, distribuição de lucro. Foi esta a conclusão à qual chegou o mesmo autor acima elucidado informando que a *geração de riquezas advinda da empresa é o mais evidente instrumento de realização da função social.*¹⁰⁰

De forma mais detalhada, só haverá produção de riquezas e, portanto, cumprimento de sua função social, se a sociedade oferecer empregos (riquezas advindas do salário); se proceder com a concorrência de forma lícita (riqueza dos demais empresários); se oferecer produtos de qualidade a preços justos (riqueza dos

⁹⁹ CATEB, Alexandre Bueno. *Análise Econômica da Lei de Sociedades Anônimas*. In TIMM, Luciano Benetti. Direito & Economia. Revista dos Advogados, Porto Alegre, 2009, p. 272.

¹⁰⁰ CATEB, Alexandre Bueno e OLIVEIRA, Fabrício de Souza. Breves Anotações Sobre a Função Social da Empresa. Disponível em: <http://repositories.cdlib.org/bple/alcacde/050107-4>. Acesso em 03 de abril de 2009.

consumidores); se não contribuir para que a sociedade não tenha de onde extrair recursos naturais (riqueza ambiental), e, finalmente, se distribuir o lucro (riqueza dos sócios ou acionistas).

Vê-se, pois, que, sem lucro o empresário não pode exercer a empresa de modo a cumprir sua função social, já que deixa de produzir riquezas. A consequência, portanto, não poderá ser outra senão sua extirpação do mundo jurídico, econômico, político e social.

Em conclusão, há que asseverar que, em primeiro lugar, não é atributo essencial à caracterização do empresário ou da empresa o lucro. Isto porque a atividade empresarial é uma atividade de risco e, em muitas das vezes, ela acabará não resultando em saldos positivos, portanto, não culminará em lucro. Além disso, ao iniciar uma atividade empresarial é muito comum que o lucro não apareça durante alguns exercícios sociais, ensejando somente dispêndios financeiros do empresário.

Porém, é mister que, em algum momento da empresa o lucro venha a emergir, sob pena de implicar na morte do empresário. Afinal, sem lucro não haverá receita para adquirir novos fatores de produção e para que possa exercer a empresa. Sem lucro não haverá formas para investir em políticas administrativas, que permitirão ao empresário atuar num mercado competitivo. Sem lucro, não haverá meios para pagar os salários e estimular o empenho dos empregados. Sem lucro, não se poderá quitar os tributos e o empresário se tornará um sonegador. Finalmente, sem lucro, não há estímulo ao exercício da empresa pelos próprios sócios ou pelo empresário individual, o que ensejará sua morte.¹⁰¹

Assim, embora o lucro não apareça como atributo do empresário ou da empresa, ele surge como elemento de sua essência, inerente a ele; afinal, sem lucro, não há empresário e, conseqüentemente, não há empresa.

¹⁰¹ A par desta explanação, cabe aclarar que não se pretende provocar uma confusão acerca dos conceitos entre lucro e faturamento. Neste sentido, faturamento seria tudo aquilo que um empresário ganhou num determinado período. Ao revés, lucro é somente a receita obtida quando se subtrai os ganhos e os dispêndios. Assim, embora necessário o faturamento para que a atividade empresarial se concretize satisfatoriamente em relação aos empregados, aos demais empresários, ao Estado... em algum momento o lucro deverá aparecer. Isto porque, embora o empresário tenha faturamento, não significa que ele também tenha lucro, porque ele pode possuir um gasto superior ou, pelo menos, igual ao faturamento implicando em déficit ou lucro zero. Assim, a sobra, a receita ou o lucro, é fundamental para que o empresário, além de cumprir com suas obrigações legais, alcance crescimento econômico e estímulo para permanecer no mercado competitivo.

Por último, ratifica-se a implicância do lucro no ambiente sócio-econômico e político: sem a geração de riquezas advindas da empresa, o resultado poderá ser catastrófico à economia nacional e, assim, à sociedade de um país como um todo.

Após tudo que se disse não há outra conclusão a se chegar senão a da essência do lucro ao empresário e, conseqüentemente, ao dever de tutelar seu direito à última instância.

2.2 A compreensão do empresário a partir das firmas: porque se deve compreender a figura do empresário à luz da economia?

Após dedilhar a figura do empresário compreendida sobre o enfoque jurídico, mister que se trace os contornos acerca do mesmo sujeito à luz da economia. Isto porque, como se disse, *empresa* e *empresário* são institutos que aparecem fortemente representados nesta esfera científica e que acabaram ganhando contornos jurídicos artificiais, na tentativa de se buscar um conceito jurídico preciso.

Em outras palavras, imagine que o *habitat* natural de *empresa* e *empresário* é a ciência econômica, porém, ante a necessidade de juridicizá-los - já que passaram a ocupar o cerne do direito empresarial, sustentado pela teoria da empresa - acabou-se criando um conceito jurídico bastante destoante de sua essência econômica.

Na verdade, como confirma a melhor doutrina, sempre houve dificuldades em remeter o conceito econômico de empresa para o conceito jurídico. Diante disso, chega-se ao ponto de se constatar a empresa como um fenômeno realizável pelo empresário; este sim, o cerne do direito empresarial. Neste sentido são as alegações de Alfredo Brunetti concluindo que, do lado político-econômico, a empresa é uma realidade; já do lado jurídico, a empresa seria uma abstração.¹⁰²

¹⁰² *Dal che si vede che l'impresa se dal lato politico-economico è una realtà, da quello giuridico è un'astrazione perchè, riconoscendosi quale organizzazione di lavoro formata dalle persone e dai beni componenti l'azienda, il rapporto fra le persone e i mezzi di esercizio non si può ricondurre che a un'entità astratta dovendosi in concreto collegare alla persona del titolare cioè all'imprenditore.* BRUNETTI, Antonio. *Trattato del diritto delle società*. 2.ed. Milano: Dott A. Giuffré, 1948. v.1, p. 59. Além dele, nesta mesma linha encontram-se os pensamentos de Rubens Requião, Curso de direito comercial, vol 1, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 18; Waldírio Bulgarelli, Estudos e pareceres de direito empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 29; Oscar Barreto Filho, Teoria do estabelecimento comercial. São Paulo: Max Limonad, 1969, p. 8.

O próprio Código Civil brasileiro traz no art. 966 – como se viu – o conceito de empresário, mas deixa de lado o conceito de empresa que tem de ser extraído daquele.

Isto, portanto, deixa o intérprete, de certa forma, “livre” para tecer sua interpretação acerca do conceito de empresa, sem, contudo, deixar de ter em mente que, antes de toda e qualquer coisa, a empresa é um fenômeno econômico.

Daí a necessidade de se compreender a empresa à luz da economia e, conseqüentemente, o empresário; para que se possa, de fato, verificar quem ou o que representam estas figuras, para ao final concluir sua relação com o lucro.

2.2.1 Entendendo o mercado e a necessidade de reduzir os custos de transação

Para compreender a atividade empresarial à luz da economia, bem como seu papel social é necessário, inicialmente, entender o mercado.

Assim, antes de mais nada, o mercado representa uma instituição social - ou socioeconômica - voltada ao desenvolvimento das atividades econômicas. Segundo Raquel Sztajn representa uma *instituição social que emerge, naturalmente, das relações econômicas*¹⁰³.

A partir de seu nascimento, o mercado ganha função específica, representando uma estrutura que permite a realização de múltiplas trocas econômicas de forma mais fácil e eficiente.

Já informou Luciano Timm que *o mercado, além de ser um fato social, é uma necessidade social*¹⁰⁴. Isto, justamente porque, além de permitir as trocas, ele assegura sua concretização de forma diligente, propiciando uma melhor solução para o problema que a sociedade enfrenta com ilimitadas necessidades e poucos recursos.

Do que foi dito, não há discrepância nas doutrinas econômicas. O problema surge quando os clássicos economistas do século XVIII - entre eles Adam Smith, aparecendo como a mais famosa personagem deste elenco - passam a intuir o

¹⁰³ SZTAJN, Raquel. Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercado. São Paulo: Atlas, 2004. p. 67.

¹⁰⁴ TIMM, Luciano B. e MACHADO, Rafael B., Direito, Mercado e Função Social. Disponível em http://www.viadesignlabs.com/lawandconomics/Direito_Mercado_Funcao_Social.pdf Acesso em 09.08.2009.

mercado como uma instituição que se auto-regula; em que agentes egoístas agem com consciência e racionalidade propiciando a toda sociedade condições plenamente benéficas.

Neste sentido, supõe estes economistas a existência de uma economia de mercado de livre iniciativa e sem nenhuma intervenção estatal que se molda por um sistema privado de preços, acreditando que a ação de cada indivíduo era desenvolvida por uma “mão invisível” que direcionava os agentes – indivíduos e empresas – a se comportarem de forma a visar, sempre, o bem estar de todos, permitindo, assim, um perfeito funcionamento da atividade econômica.

Neste cenário, o sistema de preços traduz uma ação conjunta entre demanda e oferta que tem como resultado um funcionamento e uma evolução mercadológicos perfeitos:

(...) os consumidores, após escolher os bens desejados, dirigem-se aos mercados com suas rendas e hábitos determinados a fim de comprar os bens e maximizar suas satisfações; do outro lado, os produtores ofertam os bens no mercado, considerando seus custos de produção, a fim de maximizar seu lucro total.

Desde que a quantidade ofertada de um bem seja diferente da quantidade demandada, o preço flutuará até que a igualdade se estabeleça, determinando uma quantidade e um preço de equilíbrio que deixarão satisfeitos consumidores e produtores.

O mesmo acontecerá no mercado de fatores de produção. O salário de equilíbrio é aquele estabelecido em que a força de trabalho a ser empregada é igual á ofertada pela coletividade.

O sistema de preços coordena milhões de unidades econômicas, faz com que eles se equilibrem, uns com os outros e força ajustamentos para torná-los condizentes com o nível tecnológico e com o montante disponível de recursos.¹⁰⁵

Ora, a organização econômica se dá de modo que, de um lado, aparece o setor de produção, representados pelas firmas – que economicamente é sinônimo de empresa – cuja atividade básica é produzir. De outro lado aparece o setor de consumo representado pelos consumidores, cuja atividade básica é consumir. Quando estes setores realizam suas atividades básicas, acabam se inter-relacionando a partir do sistema de preços.

Tais condições são favorecidas naquela perspectiva clássica, porque é possível que se estabeleça um mercado livre em que há pluralidade de pessoas em ambos os pólos da relação, nenhuma delas é capaz de alterar os mecanismos do mercado, as

¹⁰⁵ PINHO, Diva Benevides e VASCONCELOS, Marco Antônio Sandoval (organizadores), Manual de Economia. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 17.

informações são perfeitas e igualitárias e, por fim, os produtos apresentam-se como fungíveis ou substitutivos uns dos outros.¹⁰⁶

Neste primoroso mercado, em que a concorrência é perfeita e sua estrutura maximamente eficiente, é possível edificar-se, portanto, naquela noção de preço, em que o mesmo é estabelecido harmoniosamente entre os agentes, a partir da oferta e da procura, de modo a propiciar um equilíbrio gerador do bem estar social.

Tendo este cenário como pano de fundo, o mercado aparece como *a solução civilizada mais barata, logo a mais eficiente para realizar trocas que, em última instância, são a essência do problema econômico.*¹⁰⁷

Ocorre que um mercado ausente de qualquer forma de regulação, num mundo real, jamais ensejaria uma concorrência perfeita.

Primeiro porque, como se sabe, não há a mão invisível que direciona os indivíduos no sentido do bem comum, conforme pensou aqueles clássicos economistas. Assim, atendo-se ao mundo real é interessante se pautar nas constatações de Oliver Williamson¹⁰⁸, afastando três suposições usuais da teoria clássica. Segundo ele, não se pode trabalhar com a perspectiva da racionalidade ilimitada que entende que qualquer pessoa é capaz de absorver e processar de forma ótima toda informação disponível – o que seria responsável pelas melhores escolhas na realização de negócios -; que o comportamento das pessoas é baseado na busca do interesse próprio, mas respeitadas as regras do jogo, e que o capital sempre poderá ser transferido de uma atividade para outra com custo zero.

Ora, em primeiro lugar é fácil perceber que o ser humano goza de racionalidade limitada, imperfeita, incapaz de assimilar total e perfeitamente todas as condições que lhe são apresentadas em todo e qualquer tipo de negócio que se celebra. Em segundo lugar, sabe-se que o comportamento humano é marcado pelo oportunismo, pela concretização dos interesses próprios que nem sempre – ou quase nunca – representam a realização equânime dos interesses dos demais. Por fim,

¹⁰⁶ SZTAJN, Raquel. Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercado. São Paulo: Atlas, 2004. p. 61.

¹⁰⁷ PINHO, Diva Benevides e VASCONCELOS, Marco Antônio Sandoval (organizadores), Manual de Economia. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 18.

¹⁰⁸ PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: ELSEVIER, 2005. p. 65.

frequentemente se constata que o ativo transferido de uma atividade, pode não ser tão produtivo em outra, sobretudo quando se trata de um ativo de uso específico¹⁰⁹.

Por fim, porque, sem regulação não se caminha para uma economia perfeita, já que esta realidade representa uma utopia. Isto porque se impede que se atinjam metas como a eficiente alocação dos recursos escassos; distribuição justa da renda; estabilidade dos preços numa baixíssima inflação e crescimento econômico¹¹⁰.

Diante disso, resta claro perceber que o mercado apresenta falhas e, justamente por isso a regulação aparece como a ferramenta capaz de consertá-las.

Neste sentido, a economia capitalista, que foi a opção do constituinte brasileiro de 1988, caracterizada pela propriedade privada dos meios de produção, só pode caminhar para um resultado positivo quando o funcionamento do mercado não se limita ao sistema de preços, mas se molda por uma regulação eficiente. Isto porque um mercado – ainda que regulado – perfeito, em que impera a concorrência perfeita, é dificilmente encontrado em sua completude. Seria como se falar num *mundo hipotético sem custos de transação, (em que) os agentes negociarão os direitos, independentemente da sua distribuição inicial, de modo a chegar numa alocação eficiente*¹¹¹.

Assim, os setores da organização econômica – produtores e consumidores – sempre deverão exercer suas atividades básicas e se inter-relacionar; afinal, é somente por esta razão que se desenvolve a economia. Porém tal relacionamento não pode se desenvolver livremente, num ambiente que retrata um sistema de preços livre, mas sim de modo a envolver alguma regulação capaz de permitir que a economia se desenvolva de forma política e economicamente satisfatória.

Diante disso, conforme constatou Ronald Coase: *num mundo real – em que existem falhas mercadológicas, e elas são muitas - toda e qualquer transação implica*

¹⁰⁹ O exemplo apresentado por Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saggi é de uma linha férrea. Imagine que a mesma foi construída, mas por alguma causa superveniente, não será mais utilizada. Neste caso é nítido compreender que, por se tratar de um ativo específico, desenvolvido para fim determinado, dificilmente poderá ser transferido para uma atividade diversa ou, se assim puder, não resultará em produção equânime. Imagine se ela tivesse sido construída para transportar ouro de uma região de extração à outra de comercialização, mas se a fonte mineraria se esgotasse e a mina passasse a ser utilizada para transportar lixo. Comprovadamente a produtividade será imensamente inferior. PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: ELSEVIER, 2005. p. 65.

¹¹⁰ PINHO, Diva Benevides e VASCONCELOS, Marco Antônio Sandoval (organizadores), Manual de Economia. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 18.

¹¹¹ ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Raquel. Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: ELSEVIER, 2005, p. 01.

*em custos*¹¹². Em simples palavras, e combinando conceitos de COASE e WILLIAMSON; como o ser humano é dotado de uma racionalidade limitada e guiado pelo oportunismo, nem sempre as livres escolhas e o comportamento dentro ou fora dos mercados serão perfeitos ao ponto de não implicarem em custos de transação. Assim, sempre haverá dispêndios com informação, na negociação, na formalização e na concretização das relações econômicas.

Mas cabe o alerta: quando se fala em regulação, não se está aqui clamando pela necessidade de intervenção estatal absoluta ou intensa, mas sim pela necessidade de que haja algum tipo de intervenção no intuito de se solucionar as falhas de mercado que acabam por gerar estes custos de transação. Tal regulação não se limita à atividade do Estado, mas principalmente, como se verá, pela atuação e organização de firmas - empresas.

A despeito das inúmeras acepções do termo *custos de transação*, cabe aqui uma análise acerca de seu significado. Assim, uma noção mais corrente é apresentada por Armando Castelar em seus seguintes termos:

Os custos de transação compreendem, portanto, os custos com a realização de cinco atividades que tendem a ser necessárias para viabilizar a concretização de uma transação. Primeiro, a atividade da *busca pela informação (...)*. Segundo, a atividade da *negociação (...)*. Terceiro a *realização e a formalização dos contratos (...)*. Quarto o *monitoramento* dos parceiros contratuais com o intuito de verificar se aquelas formas contratuais estão sendo devidamente cumpridas, e a proteção dos direitos de propriedade contra a expropriação por particulares e o próprio poder público. Finalmente, a correta aplicação do contrato (...).¹¹³

É límpido perceber que os custos de transação são todos os dispêndios envolvidos numa operação. Vale destacar que negociações, ou numa melhor técnica, transações, são os principais atos desenvolvidos nos mercados; são o combustível que os alimenta.

Diante disso, ante a detecção da realidade dos custos de transação, o que COASE percebeu foi que se eles existem é, portanto, necessário que se encontre a melhor forma de reduzi-los, no intuito de chegar a uma solução mais eficiente possível.

¹¹² COASE, Ronald H.. "The Nature of the Firm": Disponível em: <http://www.sonoma.edu/users/e/eyler/426/coase1.pdf>. Acesso em 01.12.2009.

¹¹³ PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: ELSEVIER, 2005. p. 62.

Neste momento, há que se ponderar acerca de três conceitos econômicos principais: escassez, eficiência e equilíbrio. Isto para que se compreenda porque há custos de transação nas relações mercadológicas e porque estes custos devem ser reduzidos para que se chegue a um resultado econômico positivo.

Assim, a escassez (falta, míngua) representa a base das questões econômicas, já que, se todos os recursos fossem suficientes, jamais teria que se trabalhar com alocações, ao passo que não surgiriam embates econômicos, nem mesmo jurídicos.

A escassez força os indivíduos a realizarem escolhas e a incorrerem em *trade-offs*. Os *trade-offs* são, na verdade, “sacrifícios”: para se ter qualquer coisa é preciso abrir mão de alguma outra coisa – nem que seja somente o tempo. Esse algo de que se abre mão é o chamado “custo de oportunidade”. Todas as escolhas têm custos de oportunidade. Isso quer dizer que nem tudo pode ser feito ou produzido; tudo tem um custo; e cada centavo gasto em uma determinada atividade, é o mesmo centavo que não é gasto em todas as demais. A noção de escassez traz uma série de implicações para o estudioso, o profissional, e o pesquisador em Direito. Uma delas – talvez a mais dramática – diz respeito ao fato de que a proteção de direitos consome recursos. Ou seja, ou os direitos são custosos, ou não têm sentido prático.¹¹⁴

Em decorrência da escassez percebe-se, pois, que toda e qualquer escolha implica em custos. Assim também ocorre com as escolhas em mercados. O que os agentes deverão buscar, portanto é a máxima redução destes custos, à medida que realizam escolhas racionais, ainda que pautadas numa racionalidade limitada¹¹⁵. Isto, em razão do segundo conceito que se deve apreciar: a eficiência.

De um modo geral, eficiência refere-se à maximização da riqueza e do bem estar e à minimização dos custos sociais. Assim, *um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os*

¹¹⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? Cadernos Direito GV, Fundação Getúlio Vargas, 2008, p. 16.

¹¹⁵ Há ainda outro norte da economia: a maximização racional. Assim a maximização racional traduz-se no pressuposto de que os indivíduos – aqui também se incluem as firmas - calculam para alcançarem os maiores benefícios, os menores custos. Assim, suas atitudes sempre serão – supostamente – racionais, vez que direcionam-se no sentido de atingir o melhor resultado – para eles – por menores custos. Não se pode olvidar, porém que tal noção é instrumental. Não há uma “mão invisível” que guia os agentes, não significa que sempre haverá um cálculo consciente pelos indivíduos entre custos e benefícios. O que reflete a flexibilização de tal noção para a idéia da racionalidade limitada. Porém, fica fácil compreender a idéia da maximização racional quando se tem em mira as firmas – que representam o objeto deste estudo – tal idéia reflete-se no fato de que, para investir em algum setor ela terá, obviamente que calcular, de um lado, quais são os custos que estarão envolvidos em tal investimento e, de outro, qual o benefício que se terá como resultado, para ao final concluir por realizá-lo ou não. Isto porque o investimento só será concluindo se houver mais benefícios do que custos.

custos.¹¹⁶ E por que deve-se pautar na eficiência para as transações mercadológicas?

Segundo Rachel Sztajn:

A mais relevante função dos mercados, instituições próprias do capitalismo, é ordenar a troca econômica de forma a, ao facilitar a circulação de riqueza a partir de uma dada e prévia distribuição de propriedade, tornar o sistema mais eficiente.¹¹⁷

Ora as operações em mercados só serão eficientes se, e somente se, os agentes que atuam neste ambiente alcançarem a maior satisfação possível. Assim, conforme dito alhures, estes agentes que atuam em mercados, que representam a organização econômica, encontram-se divididos em dois blocos opostos. De um lado tem-se os consumidores que, a partir da sua renda intuem apropriarem-se de uma combinação de quantidade de bens tal que propicie a maximização de suas satisfações. De outro lado encontram-se as empresas – firmas – que têm na figura do empresário o dispêndio dos maiores esforços para combinar os fatores de produção, dada sua limitação orçamentária, com a intenção de maximizar o nível de lucro de sua organização. Em outras palavras, no primeiro grupo – consumidores - é de onde se originam as demandas que se traduzirão em rendimentos para as firmas; já do segundo grupo – empresas – derivam-se as ofertas individuais e de mercado.¹¹⁸

Sob tal perspectiva, a atuação dos agentes no ambiente de mercado deve caminhar sempre para a eficiência, pois somente assim alcançarão seus objetivos como sujeitos econômicos: satisfação de todas as necessidades pelos consumidores e lucro para as empresas.

Quando se chega, portanto a esta posição é que se encontra o equilíbrio que é o padrão comportamental interativo que se atinge quando todos os atores estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente. Diga-se que é uma situação ótima.

Assim, vê-se que para que se caminhe no sentido de uma organização econômica perfeita, é necessário que os agentes atuantes num cenário em que a

¹¹⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? Cadernos Direito GV, Fundação Getúlio Vargas, 2008, p. 17.

¹¹⁷ SZTAJN, Raquel Apud PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: ELSEVIER, 2005. p. 15.

¹¹⁸ PINHO, Diva Benevides e VASCONCELOS, Marco Antônio Sandoval (organizadores), Manual de Economia. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 102.

escassez é um fato, operem de forma a otimizar suas condutas no sentido de buscar, sempre, soluções mais eficientes, pois somente assim se alcançará o equilíbrio.

E a busca por este equilíbrio, a partir de condutas eficientes aparecem como evidente quando se trabalha no sentido de reduzir os custos de transação.

Assim, é neste contexto que nasce a idéia das firmas – justamente como uma organização capaz de propiciar a redução daqueles custos, pois as transações passarão a ser desenvolvidas em seu âmago ao revés de serem desenvolvidas diretamente no mercado. Daí perceber que os agentes econômicos não agem diretamente no mercado, mas por meio das firmas.

Como concluiu Ronald Coase, a partir do momento que se constata a racionalidade limitada e o oportunismo com o qual atuam os agentes, percebe-se que sempre haverá custos de transação, cabendo trabalhar no sentido de reduzir estes custos, no intuito de chegar a uma solução eficiente. Diante disso, as firmas aparecem como a melhor medida para este desfecho:

Conforme expliquei há muito anos atrás, a firma (firm) representa essa forma alternativa à organização da produção através das transações no mercado. No interior da firma, as barganhas individuais entre os vários fatores de produção são eliminadas e substituí-se uma transação no mercado por uma decisão administrativa. A realocação da produção ocorre sem que seja necessária a barganha entre os proprietários dos fatores de produção.¹¹⁹

Assim, Coase, acerca das firmas, informa que a principal razão do porquê é rentável instituir firmas é que existem custos no mecanismo de preços. Mas vai além e em seu livro *The Firm, the market and the law* chega a afirmar que talvez as firmas representem a mais importante adaptação para a existência de custos de transação.¹²⁰

2.2.2. As firmas e o empresário

¹¹⁹ COASE, Ronald. O problema do custo social. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*. Volume 3, Issue 1, 2008, Article 9.

¹²⁰ *The main reason why it is profitable to establish a firm would seem to be that there is a cost of using the price mechanism.* COASE, Ronald. COASE, Ronald H.. "The Nature of the Firm": Disponível em: <http://www.sonoma.edu/users/e/eyler/426/coase1.pdf>. Acesso em 01.12.2009. (...)perhaps the most important adaptation to the existence of transaction costs. COASE, Ronald, *The Firm, the market and the law*. The University of Chicago Press. Chicago and London. 1992, p. 7.

Numa clara exposição, concluiu Raquel Sztajn:

Firmas são organizações que transformam insumos (*inputs*) em bens (*outputs*). São feixes de contratos mediante os quais se organizam a produção e a distribuição de bens nos mercados. As firmas são necessárias para diminuir custos de contratação que recaem sobre o empreendedor por conta de imperfeições ou falhas de mercado.¹²¹

A primeira questão a se aclarar é que, conforme já mencionado, a concepção de empresas – firmas – sob o viés econômico é assaz distinto do jurídico que se extrai da interpretação do art. 966 do Código Civil de 2002, como se destacou no capítulo anterior.

Assim, as firmas (empresas), sob o viés econômico, representam uma estrutura que, através da realização dos mais variados tipos de contratos (desde contratos de trabalho a contratos tipicamente mercantis), organizam seus fatores de produção, a partir, ainda, da fixação de um aparato de regras claras de hierarquia. Regras estas desenvolvidas de modo que haja, de um lado, um espaço para a tomada de decisões que viabilize a coordenação das atividades econômicas para o mercado, mas que, de outro lado, também estimule o cumprimento das ordens e propicie a cooperação entre os participantes. A partir desta estrutura torna-se possível abrandar os custos das negociações necessárias, reduzindo-se, assim também, os riscos decorrentes da própria atividade.

Na verdade, o que ocorre é a substituição das trocas econômicas, típicas da estrutura do mercado, pela coordenação de agentes e dos fatores de produção, sob a supervisão do empresário: esta seria a melhor tradução do significado das firmas.

Porém, já foi dito neste trabalho que os mercados favorecem e facilitam as trocas econômicas contribuindo para sua eficiência. Assim, percebe-se que as operações podem ser realizadas, tanto em mercados quanto internamente nas firmas. E o que levaria a preferir um em relação ao outro seria justamente os custos de transação, de modo que o ambiente que favorecer sua redução será o escolhido, vez que mais eficiente!

Em seu artigo *The problem of social cost* proferiu Coase:

¹²¹ SZTAJN, Raquel. Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercado. São Paulo: Atlas, 2004. p. 189.

(..) Disso não deriva, é claro, que os custos administrativos de se organizar uma transação por meio de uma firma sejam, inevitavelmente, menores do que os custos das transações no mercado que são substituídas pelas decisões administrativas. Entretanto, em situações nas quais a elaboração do contrato é peculiarmente difícil e a tentativa de descrever o que as partes acordaram ou não (...) necessitaria de um documento muito longo; bem como nas situações em que, como é provável, um contrato de longo prazo fosse desejável; seria altamente surpreendente se o surgimento de uma firma ou a extensão das atividades de uma firma existente não fossem a solução adotada, em diversas situações, para se resolver o problema dos efeitos prejudiciais provocados pela atividade. Tal solução seria adotada sempre que os custos administrativos da firma fossem menores do que os custos das transações no mercado aos quais substituem e os ganhos que resultariam da reorganização das atividades fossem maiores do que os custos da própria firma em reorganizá-las. (...) Mas a firma não é a única resposta possível para esse problema. Os custos administrativos de se organizarem as transações dentro da firma podem ser elevados, especialmente quando diversas atividades são submetidas ao controle de uma única organização. No caso paradigmático do dano causado pela emissão de fumaça, que pode afetar um vasto número de pessoas dedicadas a diversas atividades, os custos de administração podem, da mesma forma, ser tão elevados a ponto de tornar qualquer tentativa de solução do problema através da firma impossível. Uma solução alternativa é a regulação direta pelo governo.¹²²

Percebe-se que a organização em firmas se volta, sobretudo, para o fim de minimizar os custos de transação visando, assim, o equilíbrio econômico. Todavia, nem sempre o objetivo é alcançado e a melhor opção ainda poderá ser a negociação no âmbito do mercado ou a intervenção estatal direta.

Entretanto, em razão da estrutura organizada e coesa da firma, no mais das vezes ela se torna a expressão mais confiável e conveniente, mesmo porque, a dependência de mercados gera uma enorme insegurança, ante sua vulnerabilidade. Além disso, ao revés do que ocorre nos mercados, as firmas representam organizações mais estáveis, em que há o domínio e o controle quanto à qualidade e quantidade dos fatores de produção, o que implica de forma diretamente proporcional na redução dos riscos.

Não se quer com isso apresentar uma contradição às explicações iniciais acerca do mercado. Este representa sim um ambiente facilitador das trocas econômicas, segundo asseverou Luciano Timm:

¹²² COASE, Ronald. H.. The Problem of Social Cost. Tradutores: Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. Disponível em <http://services.bepress.com/lacjls/vol3/iss1/art9>. Acesso em 09.11.2009.

E porque o mercado é um fato e uma necessidade social? Porque é ele a instituição que, com melhor eficiência econômica, viabiliza as trocas em uma sociedade complexa, oportunizando a melhor resposta a este dilema de necessidades ilimitadas com recursos escassos. Não é a toa que, nas palavras de Coase, o mercado “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.” Assim, exemplificativamente, quem quer vender seu automóvel muitas vezes recorre a uma empresa que atua no mercado de carros, centralizando informações, potenciais compradores, etc; quem quer vender um apartamento, busca uma imobiliária atuante no mercado de bens imóveis. O custo para a sociedade seria muito maior se cada um deixasse seus afazeres (ou seja, aquilo que em que é especialista) para tentar vender esporadicamente alguns bens.¹²³

Entretanto, em razão de sua vulnerabilidade, as firmas acabam se tornando, na maioria das vezes, uma melhor opção como ambiente a se desenrolar as negociações econômicas do que os mercados.

Soma-se o destaque de Raquel Sztajn ao suscitar que *mercados dão ensejo a operações especulativas, algumas das quais contagiam de forma negativa a formação dos preços, provocam crises de confiança na ação dos operadores econômicos.*¹²⁴

Assim, administrar os riscos – que sempre existirão – e trabalhar no sentido de reduzir os custos de transação, normalmente ensejará uma organização mais complexa, estabelecida sobre contornos hierárquicos, dirigida pela figura do empresário - que Coase chama de empreendedor-coordenador (*entrepreneurco-ordinator*).¹²⁵

Em outras palavras, as firmas representam uma organização hierárquica, estabelecida por um feixe de contratos, cujo objetivo primordial é controlar os fatores de produção, no intuito de reduzir os custos de transação. Quem manipula e guia as

¹²³ TIMM, Luciano Benetti e MACHADO, Rafael Bicca Machado. Direito, mercado e função social. Disponível em: http://www.amde.org.br/joomla/index.php?option=com_content&view=article&id=3&Itemid=15 Acesso em 09.11.2009.

¹²⁴ SZTAJN, Raquel. Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercado. São Paulo: Atlas, 2004. p. 73.

¹²⁵ *Within a firm, these markets transactions are eliminated and in place of the complicated market structure with exchange transactions is substituted the entrepreneurco-ordinator, who directs production. It is clear that these are alternative methods of co-ordinating production.* COASE, Ronald H. The nature of the firm. Disponível em: <http://www.sonoma.edu/users/e/eyler/426/coase1.pdf>. Acesso em 01.12.2009.

rédeas desta estrutura é o empresário, a figura que assume o controle da produção e concretiza aqueles ideais econômicos.

Sobre esta perspectiva fica fácil compreender porque a melhor opção provavelmente será esta organização. A redução do risco, o controle que se tem sobre os fatores de produção, o estabelecimento de vínculos contratuais mais estáveis e duradouros entre fornecedores e trabalhadores, tudo isso, demonstra que a escolha pelas firmas acaba sendo bem mais propícia à redução dos custos de transação do que a dependência do mercado – vulnerável e instável.

Daí a necessidade de se organizar as firmas.

Vê-se, pois que, à luz da economia, empresas são unidades produtivas concretizadas por organizações que se estruturam por um feixe de contratos; já o empresário aparece como a figura que conduz e coordena esta estrutura.

Assim, para um aprimoramento da economia é necessária a organização de firmas no intuito de se aquilatar as trocas. Isto porque, por este meio, torna-se facilitada a tarefa de reduzir os custos de transação, permitindo o relacionamento entre produtores e consumidores de modo eficiente.

Conforme dito alhures, a atitude eficiente dos produtores – firmas – somente se dará quando estes otimizarem sua atividade auferindo o máximo possível de lucro. Em outras palavras significa que quando o lucro de uma empresa é máximo, pode-se dizer que houve um custo de transação mínimo.

2.2.3 A relação empresário–lucro a partir da análise do comportamento das firmas

Neste momento, insta voltar a atenção para um cenário interno, que reflete o funcionamento das firmas, para compreender seu papel e qual é a sua relação e a do empresário com o lucro.

Assim, após analisar o papel das firmas, traçado sob o controle do empresário, percebe-se que, no cenário econômico, o objetivo básico da firma é a maximização dos seus resultados quando realiza sua atividade produtiva. Dessa forma, procurará sempre obter a máxima produção possível em face da utilização de certa combinação de fatores, a partir de um mínimo custo.

Portanto, poderão existir diversas formas de combinar os fatores de produção (bens ou serviços transformáveis em produtos) para obter certa quantidade de produto, cada uma destas formas representa o processo de produção. O processo ou a forma escolhida de combinar os fatores de produção, obtendo o resultado mais eficiente, é a chamada função de produção de modo que, quando se chega a sua fixação, todas as demais formas ou processos de produção deverão ser descartados.

Em outras palavras, para que a firma consiga desenvolver sua atividade é necessário que obtenha fatores de produção; para tal, a firma precisa pagar um preço para poder utilizá-los, de modo que a quantidade de cada fator, multiplicada pelo preço de cada um, representará a despesa total que a firma deverá realizar para poder dar andamento a sua produção. Essa despesa chama-se custo total de produção que pode ser melhor definida como o *total das despesas realizadas pela firma com a utilização da combinação mais econômica dos fatores de produção (a partir da função de produção), por meio da qual é obtida determinada quantidade de produto.*¹²⁶

A partir daí, verifica-se que a otimização dos resultados da firma – eficiência - somente será possível quando se conseguir resolver um dos dois problemas seguintes: a) maximizar a produção para determinado custo total ou b) minimizar o custo total para certo tipo de produção. Em qualquer destas hipóteses a firma maximizará os seus resultados – neste momento ela estará numa situação em que a teoria econômica, como visto, denomina equilíbrio da firma.

Cabe aqui fazer uma ressalva. Este entendimento matematicamente calculado acerca da função de produção (máxima produção para mínimo custo) representava o norte da clássica economia. Porém, a partir dos trabalhos de Coase e a substituição daquela função de produção pela idéia da “firma contratual”, assente em nexos contratuais e na relevância do direito de propriedade, implicaram em novos raciocínios, levando à compreensão real das firmas como organizações ensejadoras da redução dos custos de transação. Não há mais que falar em *uma função de produção autista, mas um nexo de contratos inteligentes.*¹²⁷

Ocorre que, apesar disso, o objetivo das firmas permanecerá sempre na maximização dos lucros. O que se altera é que, segundo a nova economia, aquela

¹²⁶ PINHO, Diva Benevides e VASCONCELOS, Marco Antônio Sandoval (organizadores), Manual de Economia. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 172.

¹²⁷ ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Raquel. Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: ELSEVIER, 2005, p. 7.

função de produção deixa de revelar-se de forma desordenada, limitando-se a um cálculo matemático, mas passa a ser coordenada pelo empresário, a partir da articulação bem arquitetada dos inúmeros contratos que celebra.

Foi como destacou Ronald Coase, ao comparar as firmas às transações em mercados.¹²⁸

Continuando, ao realizarem o processo de produção de bens, as firmas almejam uma compensação para sua atividade criadora de riquezas. Assim, os custos totais de produção tem uma contrapartida que é a sua própria compensação: o rendimento ou receita recebida pela venda da produção no mercado. Desta forma, quanto maior for o rendimento maior será o incentivo para a firma continuar produzindo e, assim, mantendo o suprimento do produto ao mercado consumidor.

Em outras palavras, quanto maior for o lucro, maior será o incentivo para que o empresário permaneça desenvolvendo sua atividade a partir da organização em firmas, o que, de forma indireta, acabará favorecendo os próprios consumidores, que se encontram do outro lado, e permitindo a verificação do equilíbrio econômico.

Para se compreender melhor o papel do lucro para os empresários e para as firmas mister que se imagine sua atuação sem ele.

Por este caminho, percebe-se pois que, da mesma forma que se constatou quando se analisou o conceito jurídico de empresário, o lucro também aqui aparece, não como um requisito ou atributo para a organização de firmas por um empreendedor – empresário -, mas como o fim máximo a que se destina.

Pelo quê, sem que se aufera lucro, o empresário não terá de onde retirar recursos para pagar os custos, assim não haverá outra solução que não desfazer as firmas. E isto acaba por gerar um ciclo que resultará no prejuízo do consumidor e do próprio mercado.

Isto, porque, na mais radical das hipóteses, sem firmas não há produção; sem produção não há o que se consumir, o que acabará resultando na ausência de trocas econômicas; sem trocas não há mercado; sem mercado não há economia. Ou, ainda, no caso da ausência de lucro para alguns empresários, restará a existência de poucas

¹²⁸ *Outside the firm, price movements direct production, which is coordinated through a series of exchange transactions on the market. Within a firm, these markets transactions are eliminated and in place of the complicated market structure with exchange transactions is substituted the entrepreneur-coordinator, who directs production.* COASE, R. H. *The Nature of the Firm*. *Economica*. v. 4, n. 16, p. 386-405. 1937. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x>. Acesso em: 3 de agosto de 2010.

firmas, o que acabará por permitir a ocorrência de monopólios ou oligopólios trazendo prejuízos aos consumidores e ao mercado. Afinal, na existência de um reduzido número de firmas, os custos de transação acabarão sendo altíssimos, o que fará com que os prejuízos sejam repassados aos consumidores, ensejando perdas catastróficas à própria economia.

Note-se, pois, que os prejuízos em relação à ausência de lucro não se limitam à morte do empresário, mas vai além, podendo implicar em danos à própria economia. Deste modo, os primeiros prejudicados seriam os empregados de uma firma, o próprio empresário – pessoa física ou sócios de sociedades -, seus fornecedores... num segundo momento, os consumidores, impossibilitados de consumir produtos - justamente porque não haveria produtos a consumir – finalmente, o próprio Estado - não somente porque terá sua economia deveras prejudicada, mas ele acaba sendo atingido diretamente quando o empresário, sem recursos, deixa de recolher tributos.

Assim, percebe-se, pois, que o lucro não representa uma consequência inerente ao desenvolvimento das firmas, afinal toda atividade empresarial, como se viu, é arriscada e somente será lucrativa se o empresário desenvolver medidas empreendedoras na direção de sua empresa em meio a um mercado competitivo. Porém, ante a importância fulcral do lucro à própria existência do empresário, das firmas, dos consumidores e do próprio mercado, ele aparece como figura essencial, cuja proteção ao direito de perquiri-lo deverá ser considerada de forma extrema, sob pena de se tornar expectador da quebra do mercado e da economia.

3 O DIREITO AO LUCRO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL DO EMPRESÁRIO

Após traçar todo o primeiro capítulo na busca de um conceito para os direitos fundamentais e perquirir, no segundo capítulo, uma conceituação ao empresário, a importância de sua inserção no cenário econômico-social a partir da atividade que desenvolve, bem como a essência do lucro à sua própria existência; este capítulo intuirá comprovar a hipótese de que o direito ao lucro pelo empresário aparece como um direito fundamental, consoante os ditames constitucionais brasileiros.

Em primeiro lugar, especificando o objeto do presente trabalho, o que se busca confirmar, é o *direito ao lucro* pelo empresário como sendo um direito fundamental e não o próprio *lucro*.

Isto, porque, como dito em capítulos antecedentes, o lucro não aparece como uma certeza na vida do empresário, mas como expectativa, vez que a atividade empresarial representa atividade de risco. Diante disso, não só o empenho no exercício da atividade econômica, mas os reflexos do e no mercado, o comportamento dos consumidores, entre outros inúmeros fatores é que ensejarão o sucesso ou o fracasso do empreendimento se refletindo, portanto, na auferição ou não de lucro. E, por isso, ante tal incerteza, intui-se concluir que o direito do empresário em alcançar o lucro é que deve ser elevado à esfera fundamental.

Neste sentido, em primeiro lugar, sabe-se que os direitos fundamentais aparecem como normas, ainda que não estejam positivadas no ordenamento jurídico, sobretudo no texto constitucional, sendo possível, portanto, verificar a existência de normas materiais de direitos fundamentais.

Como visto, os direitos fundamentais materiais devem contemplar a essência e o alicerce do Estado Democrático de Direito brasileiro e, somente por isso, passam a ser encarados como normas de direitos fundamentais materiais e não formais.

Portanto, é mister que se verifique a fundamentalidade do direito ao lucro pelo empresário, pois somente assim será possível observar a concretude deste Estado Democrático de Direito, da forma como fora adotada pelo texto constitucional.

3.1 O direito ao lucro como direito fundamental material

O art. 1º do texto constitucional expressa os fundamentos do Estado Democrático de Direito que representa, portando, o alicerce de todo ordenamento jurídico:

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.

Assim, para que um direito seja enquadrado como fundamental, deve envolver tais perspectivas, em sua plenitude e completa compatibilidade. Em outras palavras, o direito a se considerar há que revelar um conteúdo ajustado a todos estes fundamentos, compreendidos como um todo harmônico.

No que se refere, especificamente, ao direito ao lucro pelo empresário, sua compreensão como sustentáculo ao Estado Democrático de Direito brasileiro, deve pautar-se no sentido, primeiramente, de que este Estado traz como fundamento ensejador o valor social do trabalho e da livre iniciativa— conforme apresentado: art.1º, IV da Constituição Federal.

Neste diapasão, são relevantíssimas as palavras de Ives Gandra de Silva Martins acerca da interpretação que deve ser aplicada ao referido inciso:

(...) esse inciso merece algumas considerações. A primeira delas diz respeito à existência de um binômio, isto é, de um equilíbrio. No mesmo inciso encontramos “os valores sociais do trabalho” e “a livre iniciativa”. O que vale dizer: para garantir a dignidade humana, o Estado deve dar oportunidades para que todos os cidadãos possam realizar-se. Que exista pleno emprego, que as pessoas possam trabalhar dignamente sob o regime pelo qual o constituinte optou, que é o modelo de livre concorrência, de livre iniciativa. Dizer, portanto, que os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa são elementos fundamentais e que estão no art. 1º, o mais importante da Constituição, equivale a dizer que, no Brasil, temos economia de mercado, com livre iniciativa, e que todos poderão exercer as suas atividades livremente. Mas cabe aqui uma observação essencial: a livre iniciativa, o liberalismo econômico, o

capitalismo, a economia de mercado não poderão deixar de respeitar os valores sociais do trabalho.¹²⁹

Assim, percebe-se, pois que, se o fundamento da dignidade da pessoa humana revela-se como o mais relevante substrato sobre o qual se constrói o Estado Democrático de Direito¹³⁰, ele só será verificado se observados todos os demais fundamentos.

Como o que interessa a este trabalho é o fundamento dos direitos sociais do trabalho e da livre iniciativa, em consonância ao que se expôs e, ainda, à luz do posicionamento do ilustre doutrinador mencionado, há que se compreender que, nos tempos atuais, para que a pessoa tenha uma vida digna – verificando-se, então o princípio da dignidade da pessoa humana – é necessário que tenha assegurado o direito ao trabalho, em conformidade com os valores sociais, e à livre iniciativa.

Isto garante ao homem duas formas de se realizar economicamente no Estado brasileiro: como trabalhador, resguardado, portanto, pelos direitos sociais do trabalho, envolvido por toda disciplina legal trabalhista; ou lançar-se à livre iniciativa, sendo-lhe garantida a plena liberdade ao exercício de qualquer atividade econômica lícita¹³¹. E, ainda, que ambos os caminhos não que ser interpretados de forma consonante.

Na verdade, quando a constituição revela os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos do Estado brasileiro, num primeiro momento, poderia parecer impossível sua harmonização, pois estaria dando proteção a dois lados antagônicos – empregado/ empregador. Porém, em primeiro lugar, tais fundamentos aparecem como interdependentes, uma vez que a mão de obra é fator essencial para que se desenvolva a atividade econômica que, por outro lado, representa meio fundamental para propiciar a oferta de empregos. Em segundo lugar, os princípios da ordem econômica aparecem como pontes de ligação entre a livre iniciativa e os valores sociais do trabalho, permitindo a atuação dos agentes econômicos de forma coesa e harmônica. Foi como reconheceu Neide Terezinha Malard destacando, inclusive, sustentação do Ministro Moreira Alves em ação direta de inconstitucionalidade, em que analisou a interpretação que deve ser dada aos princípios elencados no art. 170 da CF, como liame entre a livre iniciativa e a garantia ao trabalho:

¹²⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Conheça a constituição.vol 1*. São Paulo. Manole. p.20.

¹³⁰ Conforme vem afirmar o mesmo autor: *Eu diria que todo direito é voltado para a dignidade da pessoa humana*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, *Conheça a Constituição. Vol 1*. São Paulo, Manole, p. 19

¹³¹ Como assegurado expressamente pelo texto constitucional, em seu art. 170, parágrafo único.

A Constituição de 1988 não impõe limites explícitos à livre iniciativa, adotando, ao invés, um discurso conciliador entre o capital e o trabalho. Essa função conciliadora é possibilitada pelos princípios de integração (soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte), os quais, conforme sustentou o Ministro *Moreira Alves* em voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 319/DF, devem ser tomados em sentido relativo, e não absoluto, "para que se possibilite a sua conciliação a fim de que, em conformidade com os ditames da justiça distributiva, se assegure a todos – e, portanto, aos elementos de produção e distribuição de bens e serviços e aos elementos de consumo deles – existência digna".¹³²

Assim, a compatibilidade da livre iniciativa com o valor social do trabalho é permitida em razão dos princípios da ordem econômica que os recortam.

No intuito de esclarecer tal assertiva, mister investigar o art. 170 do texto constitucional:

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 preparação;
- 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.¹³³

Este artigo introduz a ordem econômica apontando os valores escolhidos pela Constituição que são explicitados em seu *caput* e seus incisos. (...) Esses valores (contidos no *caput*) agregam e instrumentalizam a aplicação dos princípios gerais econômicos contidos nos incisos. Além disso, esses valores orientam o emprego de toda ordem constitucional, da ordem infra-constitucional econômica, e

¹³² MALARD, Neide Teresinha. *A liberdade de iniciativa e a livre concorrência: as questões jurídicas do poder econômico*. Disponível em: http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos_upload/Neide%20Teresinha%20Malard.pdf Acesso em 10.01.2011.

¹³³ Constituição Federal, art. 170.

também do processo evolutivo dessas ordens no tempo e segundo as mudanças da realidade política, social e econômica vigente no País.¹³⁴

Isto significa que, além dos demais fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, elencados no art. 1º da constituição, bem como os demais direitos fundamentais abarcados pelo texto constitucional e aqueles materialmente considerados, os princípios norteadores da ordem econômica constitucional também aparecem como modeladores à atividade econômica. Isto se dá no momento em que permite que ela se desenvolva compatibilizada ao contexto jurídico-econômico brasileiro que, dessa forma, passa a ser compreendido harmoniosamente.

Neste sentido, quando o art. 170 da constituição destaca a propriedade privada como norte à ordem econômica, conjugando a livre iniciativa aos valores sociais do trabalho, em primeiro lugar, significa que o modelo econômico adotado é o capitalismo¹³⁵. Em segundo lugar, que somente a partir da propriedade privada de bens é que a ordem econômica, na forma pela qual optou o constituinte de 1988, haverá de ser realizada.

Explicando melhor: num sistema de mercado – sistema capitalista – ou o indivíduo será proprietário de bens de produção, lançando-se à livre iniciativa, desempenhando, portando, atividade econômica capaz de oferecer bens e serviços em mercados; ou, a partir da aquisição de capital proporcionada em razão do trabalho desenvolvido - para o qual lhe deve ser pago um salário digno - como consumidor, este indivíduo terá oportunidade e condições para adquirir aqueles bens e serviços que lhe são oferecidos nos mercados¹³⁶.

A Constituição de 1988 recebeu expressamente a livre iniciativa como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, atribuindo-lhe a qualidade de valor social, ao lado do trabalho (art.1º, IV). Isto significa que, de acordo com a ideologia constitucionalmente adotada, o sistema econômico que deve vigorar no Brasil é o capitalismo, que tem como

¹³⁴ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Constituição Brasileira Interpretada*. São Paulo. Manole, p. 965.

¹³⁵ Assim também informa Neide Teresinha Malard ao afirmar que *as bases estruturais do capitalismo, que asseguram a coerência, o equilíbrio e o desenvolvimento do sistema, compõem-se de dois elementos fundamentais: a propriedade privada e a livre iniciativa*. MALARD, Neide Teresinha. *A liberdade de iniciativa e a livre concorrência: as questões jurídicas do poder econômico*. Disponível em: http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos_upload/Neide%20Teresinha%20Malard.pdf Acesso em 10.01.2011.

¹³⁶ Conforme visto no item 3.2.1, em economia, os agentes organizam-se ou em setores de produção ou em setores de consumo.

base a iniciativa privada, que deve ser assegurada, nos termos da lei, e o trabalho, que é direito inalienável de cada brasileiro¹³⁷.

Englobando tudo isto, percebe-se que para que se verifique a dignidade da pessoa humana – princípio norteador de todo ordenamento jurídico -, numa perspectiva econômica, há que se ter em mira os fundamentos dos direitos sociais do trabalho e da livre iniciativa inseridos no contexto do capitalismo, cuja compatibilidade é assegurada em razão dos princípios da ordem econômica.

Uma das projeções da livre iniciativa é a liberdade de participação na economia, corroborando o capitalismo enquanto modelo econômico adotado, que traz consigo todas as mazelas e formas de exclusão que lhe são inerentes, mas que deverá, antes de tudo, respeitar os valores sociais do trabalho, juntamente com a livre iniciativa na posição de fundamento do Estado e preceito da Ordem econômica, visando compatibilizar o regime de produção escolhido (capital, lucro), a dignidade da pessoa humana e a dimensão econômico-produtiva da cidadania¹³⁸.

Por tal razão, o que se nota é que o sistema capitalista, que foi a opção do constituinte de 1988, também deve ser levado em consideração quando se interpreta os ditames fundamentais do ordenamento jurídico-econômico brasileiro, bem como os alicerces do Estado Democrático de Direito: (...) *O capitalismo é a parte integrante do ambiente cultural em que se vive e, conseqüentemente, parâmetro obrigatório na análise de qualquer propositura jurídica que se estabeleça no Estado brasileiro*¹³⁹.

Sob uma perspectiva concisa, entendem doutos economistas que o *capitalismo caracteriza-se por um sistema de organização econômica baseado na propriedade privada dos meios de produção, isto é, os bens de produção ou de capital*¹⁴⁰. Além

¹³⁷ MALARD, Neide Teresinha. *A liberdade de iniciativa e a livre concorrência: as questões jurídicas do poder econômico*. Disponível em: http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos_upload/Neide%20Teresinha%20Malard.pdf Acesso em 10.01.2011.

¹³⁸ BARROSO, Lucas Abreu e SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Os princípios informadores do novo Código Civil e os princípios constitucionais fundamentais: lineamentos de um conflito hermenêutico no ordenamento jurídico brasileiro*. In: VILLAÇA, Leonardo Ferreira (coord.) *A empresa na atualidade: apontamentos jurídico obrigacionais*. Educação e Cultura. Belo Horizonte, 2009, p. 183.

¹³⁹ BARROSO, Lucas Abreu e SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Os princípios informadores do novo Código Civil e os princípios constitucionais fundamentais: lineamentos de um conflito hermenêutico no ordenamento jurídico brasileiro*. In: VILLAÇA, Leonardo Ferreira (coord.) *A empresa na atualidade: apontamentos jurídico obrigacionais*. Educação e Cultura. Belo Horizonte, 2009, p. 183.

¹⁴⁰ PINHO, Diva Benevides e VASCONCELOS, Marco Antônio Sandoval (organizadores), *Manual de Economia*. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 18.

disso, informam que o modelo econômico é denominado capitalismo, justamente porque o capital (conjunto de bens heterogêneos, capaz de reproduzir bens e serviços) é de propriedade privada de alguém, que recebe o nome de capitalista; (...) *é pela propriedade que o capitalismo se apropria de parte da renda gerada nas atividades econômicas, (...) garantindo, o estímulo à criatividade e à concorrência*¹⁴¹.

Neste sentido, o capitalismo traz como aspectos da vida econômica moderna, além da propriedade privada, a divisão do trabalho – que permite um uso mais intenso de capital por trabalhador, resultando numa especialização do trabalho e num aumento de produtividade – e, ainda, a moeda¹⁴².

De forma mais esmiuçada, destaca Judas Tadeu Grassi Mendes:

(...) O sistema econômico capitalista tem um método próprio de se regular, com pouco envolvimento do governo em decisões econômicas e dependendo das forças de mercado para determinar os preços, alocar os recursos e distribuir a renda e a produção. Tal sistema segue, rigorosamente, a economia ortodoxa de mercado, ou seja, quem comanda a economia são as forças de demanda, que refletem os interesses dos consumidores, e de oferta, que devem expressar o desejo dos produtores¹⁴³.

Os fatores de produção são de propriedade privada e cada proprietário de recursos toma as decisões de produção motivado pelo desejo de alcançar um lucro. Tanto a produção quanto o consumo dependem, fundamentalmente, da liberdade de escolha dos indivíduos na sociedade. Os lucros obtidos ou os prejuízos incorridos são um resultado direto das decisões certas ou erradas de negócios. De um lado, o consumidor procura maximizar a satisfação, dado seu nível de renda; de outro, o produtor procura maximizar seu lucro, dados os seus recursos ou fatores de produção.¹⁴⁴

Elencando as características do capitalismo, o mesmo autor destaca que, ao lado da propriedade privada dos fatores de produção e do capital, do controle do funcionamento da economia realizado pelo sistema de preços, da importância da

¹⁴¹ PINHO, Diva Benevides e VASCONCELOS, Marco Antônio Sandoval (organizadores), Manual de Economia. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 19.

¹⁴² A moeda revela-se como aspecto de destaque à vida econômica moderna, quando se compara com uma economia de escambo. PINHO, Diva Benevides e VASCONCELOS, Marco Antônio Sandoval (organizadores), Manual de Economia. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 20.

¹⁴³ Há que se deixar claro que, quando o autor destaca o sistema capitalista na forma de sistema de preços, ele analisa tal sistema em comparação com o sistema socialista. Não se pode ouvir como dito no capítulo anterior, item 3.2.2 acerca da regulamentação da economia pelo Estado e da organização das firmas como forma de reduzir os custos de transação chegando, assim, às soluções mais eficientes.

¹⁴⁴ MENDES, Judas Tadeu Grassi. *Economia: fundamentos e aplicações*. São Paulo, Pearce Prentice Hall, 2009, p.11.

competição entre empresas e proprietários de recursos, bem como do papel limitado do governo encontra-se o lucro:

O incentivo para produzir é o desejo de as empresas obterem lucro, que é a diferença entre a receita e o custo total que estas tem para produzir. Desse modo, o lucro, no sistema capitalista, é o grande impulsionador para a ação dos agentes econômicos.¹⁴⁵

Note-se, pois, que o capitalismo – modelo econômico adotado no Brasil – pauta-se, como dito, sobretudo, na livre iniciativa e na propriedade privada. Desse modo, impera a necessidade de capital - compreendido neste momento como recursos financeiros - para se adquirir a propriedade dos fatores de produção para assim poder produzir e gerar os bens e serviços que serão ofertados em mercados, exercendo, portanto a livre iniciativa, em seus moldes.

E é neste sentido que desdobra-se a propriedade privada como princípio norteador da ordem econômica; a propriedade privada dos fatores de produção, que, como destaca o art. 170, III da Constituição, deve pautar-se, ainda, a partir de sua função social.

Como já esgotado no capítulo antecedente¹⁴⁶, a função social da empresa desenvolve-se quando esta propicia o enriquecimento de uma sociedade como um todo. Neste sentido, a função social da empresa, desdobra-se a partir da própria função social da propriedade, quando, a partir da apropriação dos fatores de produção, o empresário consegue, por meio de seu uso adequado, permitir o locupletamento dos trabalhadores (a partir da recompensa justa pelo trabalho e pela oferta de empregos), dos consumidores (a partir da oferta de produtos e serviços a preços razoáveis), do Estado (pelo pagamento de tributos) e dos próprios sócios (pela distribuição do lucro).

Como instrumento propulsor da economia, a empresa conjuga os fatores de produção – *trabalho, capital e recursos humanos* -, que, associados aos elementos ou agentes do processo econômico – *consumidor, trabalhador e empresário* -, promovem o fluxo circular de negócios, que se desenvolvem na ordem econômica. (...) A liberdade de iniciativa impulsiona a atividade econômica e determina as relações de

¹⁴⁵ MENDES, Judas Tadeu Grassi. *Economia: fundamentos e aplicações*. São Paulo, Pearce Prentice Hall, 2009, p.12.

¹⁴⁶ Item 3.1.3.

mercado, porém a autonomia da empresa deve atender aos princípios da ordem econômica constitucional.¹⁴⁷

Assim, constata-se que a atividade desenvolvida pelo empresário através da organização de suas firmas revela-se como prática propulsora da economia, organizada como economia de mercados – economia capitalista. Neste sentido, a aquisição dos fatores de produção desdobrada juridicamente na propriedade privada, cuja proteção se eleva à esfera de direito fundamental, mostra-se inerente e subsídio ao próprio modelo econômico. Ao seu lado, aparece a livre iniciativa que também se demonstra fundamento deste Estado constitucional democrático, garantindo aos agentes econômicos o exercício de qualquer atividade lícita.

Associa-se a isto, ainda, o desenho propiciado pelos demais princípios que contornam a ordem econômica ligando esta livre iniciativa aos valores sociais do trabalho.

Diante deste cenário, é consequência óbvia encontrar o direito ao lucro pelo empresário como único meio a assegurar a prática econômica capitalista, vez que, exclusivamente, com a obtenção de excedentes financeiros decorrentes da atividade empresarial é que será possível a aquisição de novos fatores de produção e o desenvolvimento de atividade econômica qualitativa para concorrer e manter a oferta contínua de novos empregos.

Ainda, o empresário que age cumprindo seu papel social de geração de riquezas¹⁴⁸ acaba por revelar sua atividade como essencial à concretude do Estado Democrático de Direito, uma vez que, além de dar condições à existência digna dos indivíduos que cá residem – a partir das próprias riquezas que lhes são oferecidas –, é capaz de propiciar emprego aos trabalhadores para que se tornem consumidores reduzindo, assim, as desigualdades sociais e contribuindo para uma livre concorrência legítima¹⁴⁹.

¹⁴⁷ FARAH, Eduardo Teixeira. *A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social*. In: MARTINS-COSTA, Judith (coord.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 674.

¹⁴⁸ Ratificando o entendimento de que o cumprimento deste papel revela-se como a própria função social do empresário, como demonstrado em capítulo anterior.

¹⁴⁹ Verificando-se, portanto, os fundamentos da ordem econômica em conformidade com o art. 170 do texto constitucional.

A partir da análise dos conceitos jurídico e econômico de empresário, pôde-se constatar a essência do lucro à sua própria existência. Nada mais óbvio, portanto que o exercício da atividade empresarial caminhe, sempre, no intuito de obtê-lo.

Afinal, ratifique-se, uma vez que o lucro representa o capital excedente da atividade empresarial, é somente com ele e através dele que se poderá alçar novos fatores de produção para permanecer competindo no mercado, exercendo, portanto, o direito à livre iniciativa e propiciando, inclusive, o enriquecimento da sociedade, através de sua função social.

Tal constatação torna-se clara quando se percebe que o empresário que não obtém tais excedentes, sempre necessitará ir buscar capital em outras fontes – financiamentos bancários, empréstimos, vendas de outros bens... - para sustentar sua atividade, no ambiente mercadológico. Porém, quando estas outras fontes cessarem, a certa consequência será a impossibilidade do exercício de tal atividade, o que, evidentemente, provocará a “morte” do empresário e de sua firma, implicando, no mínimo indiretamente, em prejuízos econômico-sociais.

A teoria econômica reconhece que nem todas as suas empresas tentam maximizar o lucro sempre, vez que também há outros objetivos, entre os quais se destacam a participação do mercado, (o chamado *market share*), e o nível de produção, mas ele é certamente um de seus objetivos. Afinal, uma empresa não pode existir, em longo prazo, se não tiver um razoável retorno para seus fatores de produção.^{150 151}

Tendo em mira o direcionamento da atividade empresarial no sentido de obtenção de resultados positivos – lucro – a serem aplicados na própria atividade, visando seu aprimoramento num mercado cada vez mais concorrente que só se desenvolve, verifica-se o caráter individualista do empresário.

Tal caráter demonstra o interesse de adquirir capital superior ao investido para ser aplicado em si próprio. Em outras palavras, o empresário obtém lucro para investir na sua própria atividade – na sua firma - e não para aplicá-lo, por exemplo, no

¹⁵⁰ MENDES, Judas Tadeu Grassi. *Economia: fundamentos e aplicações*. São Paulo, Pearce Prentice Hall, 2009, p.12.

¹⁵¹ Apesar e com respeito ao ora alegado, entende-se que, tanto o *market share*, quanto a questão da produtividade são meios que ultimam a maximização do lucro.

aprimoramento de uma comunidade, na melhoria cultural ou social de um povo, na saúde, educação ou qualidade de vida de um grupo.¹⁵²

O individualismo empresarial destaca-se no sentido de voltar o exercício da atividade empresária para a aquisição de cada vez mais capital a ser aplicado, somente, no seu próprio desenvolvimento, visando assim, mais e mais lucro, para um maior aprimoramento, adequando-se ou superando as competições no ambiente de mercado, revelando a essência do modelo capitalista.

O resultado positivo deve ser obtido para que ele próprio – o empresário - permaneça vivo!

E é nisto que constitui o aspecto individualista da atividade empresarial. Ratificando o que fora dito alhures, nos dizeres de Rubens Requião, analisando os aspectos do direito comercial; *as regras de direito comercial inspiram-se em acentuado individualismo, porque o lucro está diretamente vinculado ao interesse individual*¹⁵³.

A grande questão acerca deste nítido aspecto individualista está quando se compara à moral social.

Acerca deste aspecto moral, bem ilustrativos são os dizeres de Klaus M. Leisinger e Karin Schmitt:

A possibilidade de harmonizar a prática comercial-lucrativa com o agir moralmente bem parece haver ocasionado dificuldades aos homens de todas as épocas; a questão se um agir voltado para o lucro pode harmonizar-se com um agir agradável a Deus é com

¹⁵² Não se pode deixar passar o momento sem mencionar a tão atualmente discutida responsabilidade social da empresa e do empresário, revelando, em breves palavras, a distinção entre tal responsabilidade e a função social da empresa, num intento de demonstrar que, diversamente desta, a responsabilidade social do empresário não aparece como norma cogente e inerente ao exercício da atividade consciente e compatível ao modelo econômico-constitucional, mas como uma decisão do empresário, pautada em sua própria autonomia, ainda que utilize este agir visando, unicamente, uma estratégia de marketing: (...) *uma primeira diferença o fato de a responsabilidade social concernir a gestos voluntários ou espontâneos do empresário, sem qualquer espécie de imposição legal, enquanto que a função social da empresa incide sobre a atividade empresarial de modo cogente, até por força do prelecionado quanto ao art. 170 da CF. Assim, em matéria de cidadania empresarial, ainda cabe a cada empresário definir sua política de atuação de acordo com sua vontade e possibilidades, coadunando-se essa margem de discricionariedade com a própria variedade de empreendimentos empresarial, compreendidos desde as microempresas até aquelas de grande porte (...). Outra diferença reside na limitação objetiva do raio de aplicação da função social da empresa às atividades que constituem os elementos desenvolvidos pela sociedade empresária ou pelo empresário, ao passo que a responsabilidade social abrange as atividades não consubstanciadas no objeto social da empresa, que não constituem a sua finalidade, sendo simplesmente benéficas à sociedade. (...) a responsabilidade social pode ser dividida em uma espécie interna, relativa às preocupações no ambiente de trabalho e demais questões de funcionários da empresa, e em outra externa, correspondente a cuidados com a comunidade, nas figuras de clientes, de fornecedores e de entidades públicas.* In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da e BARTHOLO, Bruno Paiva. Função Social da Empresa. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Função Social do Direito Civil. Atlas. São Paulo. 2008, p. 107-108.

¹⁵³ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial, vol1*. São Paulo, Saraiva, p. 30.

relativa clareza respondida na Bíblia, por exemplo, no livro do “Eclesiástico”: “Difícilmente o negociante evitará as faltas, e o revendedor se conservará sem pecado. Muitos pecam por amor ao lucro, e quem procura enriquecer desvia o olhar”. Comentários modernos não são muito mais otimistas. Assim, diz-se que o cronista austríaco Karl Kraus teria respondido a um estudante que desejava saber como deveria ser estudada a “ética empresarial”, que isto não seria possível, que seria preciso decidir-se por uma ou outra. O misterioso industrial americano Howard Hughes teria defendido a opinião de ser evidente a impossibilidade de se ter ao mesmo tempo elevados princípios e elevados lucros.¹⁵⁴

Claro é que cada vez mais pessoas estão convencidas de que as firmas e seus dirigentes apresentam deficiências morais e correm sem escrúpulos atrás de lucro.

Segundo noticiam aqueles mesmos autores em seu livro *Ética empresarial: responsabilidade global e gerenciamento moderno*, o *Corporate Crime Reporter*, uma publicação semanal de Washington DC, há muitos anos divulga as práticas criminosas e “amorais” praticadas pelas empresas nos Estados Unidos, tais como poluição ambiental proposital, insuficiência na segurança do trabalho, sonegação de impostos¹⁵⁵... Embora tais notícias se limitem às firmas norte-americanas, estas práticas, conforme informes nacionais cotidianos, revelam-se deveras assemelhadas no Brasil.

E é por tal razão que cada vez mais a sociedade passa a ver as instituições empresariais com restrições e suspeitas.

Realmente, aquelas práticas representam uma verdade para a qual não se pode fechar os olhos. Porém, há que se deixar claro que não se está aqui defendendo o fraudador, o corrupto ou o criminoso,- além disso, não são somente os empresários que se ligam a tais adjetivos, mas os próprios políticos, profissionais liberais, cidadãos comuns, outros profissionais e instituições. Aqueles atores maléficos, sempre deverão ser submetidos a conseqüências sociais adversas.

Somem-se a este grupo os empresários que se voltam à obtenção de lucro injustificável, arbitrário, entendido, inclusive, como infração à ordem econômica, nos termos do art. 173, §4º do texto constitucional¹⁵⁶, considerados como *aquele que não*

¹⁵⁴ LEISINGER, Klaus M. e SCHIMITT, Karin. *Ética empresarial: responsabilidade global e gerenciamento moderno*; Tradução de Carlos Almeida Pereira – Petrópolis, RJ: Vozes, 2001, p.25.

¹⁵⁵ LEISINGER, Klaus M. e SCHIMITT, Karin. *Ética empresarial: responsabilidade global e gerenciamento moderno*; Tradução de Carlos Almeida Pereira – Petrópolis, RJ: Vozes, 2001, p.26.

¹⁵⁶ A este respeito cabe destacar a interpretação do dispositivo atribuída por Fábio Ulhoa Coelho que observou: *Atente-se, por outro lado, à conjunção aditiva “e”, do final do parágrafo 4º do art. 173 da Constituição Federal - § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros -; ela sugere que a lei*

*decorre de inovações tecnológicas, medidas de racionalidade administrativas ou de outros fatores justificáveis*¹⁵⁷

O que se quer com este trabalho, é demonstrar que, embora a moral que envolve o empresário seja uma moral diversa do civil – como visto - imbuída daquele individualismo, ela é extremamente compatível e inerente à própria atividade empresarial que surge como alicerce do Estado Constitucional brasileiro e, para tal, deve-se ter em mira as situações normais vivenciadas pela grande maioria das entidades empresariais de pequeno, médio e grande porte, que agem no cumprimento de seu papel social associado à produção de riquezas.

Neste sentido, o intuito lucrativo que revela seu caráter individualista, apesar de se mostrar como dissonante a uma moral social “comumente considerada”¹⁵⁸, não parece incompatível aos ditames econômico-constitucionais. Isto, porque o modelo econômico capitalista, pautado na livre iniciativa e na propriedade privada, como se viu, só terá chances de imperar, solidificando-se num intento empresarial lucrativo.

Em outras palavras e sobre um viés mais simplório, o empresário volta-se ao caminho da busca pelo lucro, porque somente através dele é possível apoderar-se dos

somente pode reprimir abusos do poder econômico que manifestem os três efeitos potencialmente lesivos à economia liberal (dominação de mercado, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros. (...) da ocasional indissociabilidade desses conceitos decorre uma outra formulação para a questão: arbitrário é o lucro obtido por práticas anticoncorrenciais, não explicáveis por nenhuma outra razão econômica. In, COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, vol 1. São Paulo, Saraiva, 2008; p. 217.

¹⁵⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, vol 1.* São Paulo, Saraiva, 2008; p. 217.

¹⁵⁸ Aproveita-se o momento para um breve esclarecimento acerca das distinções entre moral, ética e direito; nas didáticas palavras de José Roberto Goldin: *A Moral estabelece regras que são assumidas pela pessoa, como uma forma de garantir o seu bem-viver. A Moral independe das fronteiras geográficas e garante uma identidade entre pessoas que sequer se conhecem, mas utilizam este mesmo referencial moral comum. O Direito busca estabelecer o regramento de uma sociedade delimitada pelas fronteiras do Estado. As leis tem uma base territorial, elas valem apenas para aquela área geográfica onde uma determinada população ou seus delegados vivem. (...) Alguns autores afirmam que o Direito é um subconjunto da Moral. Esta perspectiva pode gerar a conclusão de que toda a lei é moralmente aceitável. Inúmeras situações demonstram a existência de conflitos entre a Moral e o Direito. A desobediência civil ocorre quando argumentos morais impedem que uma pessoa acate uma determinada lei. Este é um exemplo de que a Moral e o Direito, apesar de referirem-se a uma mesma sociedade, podem ter perspectivas discordantes. A Ética é o estudo geral do que é bom ou mau. Um dos objetivos da Ética é a busca de justificativas para as regras propostas pela Moral e pelo Direito. Ela é diferente de ambos - Moral e Direito - pois não estabelece regras. In GOLDIN, José Roberto. *Ética, Moral e Direito.* Disponível in <http://www.ufrgs.br/bioetica/eticmor.htm> Acesso em 10 de janeiro de 2011. Mas não se pode caminhar sem trazer citações do ilustre Miguel Reale que com total propriedade sempre explorou o tema. Neste sentido: (...) *a experiência moral tem como consequência o dever de moralidade, que não se confunde com o de legalidade, a qual se contenta com a adequação da conduta à norma legal, quando é indispensável, para que haja justiça concreta, que se leve em conta, tanto na política quanto no direito, o que emerge de normas morais como exigência de boa fé, lealdade, correção ou integridade.* In REALE, Miguel; *Variações Sobre Ética e Moral.* Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/veticam.htm> Acesso em 10 de janeiro de 2011.*

fatores de produção necessários a permanecer como ator num cenário de mercado competitivo.

Apesar disso, certamente não se pode olvidar que este direito ao lucro não poderá desdobrar-se num desígnio voraz, mas deverá ser moldado pelas demais normas fundamentais para assim, então, revelar-se como fundamento à concretude do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Em conclusão, após tudo o que se explorou, resta clara a compreensão do direito ao lucro como um direito fundamental do empresário. Isto, porque, como se disse, o conteúdo dos direitos fundamentais deve revelar o alicerce do Estado Democrático de Direito e, como se pôde constatar, somente assegurando ao empresário seu direito ao lucro é possível verificar os fundamentos da livre iniciativa e dos valores sociais do trabalho, interligados pelos princípios da ordem econômica assentes num Estado capitalista.

Em consequência, isto demonstra que o Estado sempre deverá agir em respeito a este direito e, ainda, dar garantias para sua realização, tendo em vista a existência de um núcleo que se torna intangível e de consumação necessária.

Isto, portanto, revela o direito ao lucro pelo empresário como espécie de direito fundamental material, vez que não previsto expressamente no texto constitucional – direito fundamental formal – embora ensejador dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro.

3.2 As sociedades empresárias e as empresas como titulares de direitos fundamentais

A titularidade de direitos fundamentais fora objeto de exploração no item 2.3.2, portanto não se pretende, neste momento, reiterar tal abordagem levando o leitor à exaustão, mas somente destacar a fulcral importância de tal titularidade, especificamente, quando o empresário se constitui na forma de sociedade empresária e destacar a possibilidade e a necessidade das empresas – firmas – titularizarem tais direitos, ante sua importância no cenário econômico.

Neste sentido, é fato que a organização de sociedades para o exercício de atividade econômica revela-se como imperiosa à redução dos riscos inerentes à

própria atividade, em razão dos efeitos da personificação, implicando, diretamente na redução dos custos de transação, favorecendo o caminho para soluções economicamente eficientes.

Assim, a questão da personificação propicia a responsabilidade limitada dos sócios presentes em alguns tipos societários – como nas sociedades limitadas e anônimas – ou, pelo menos, a responsabilidade subsidiária dos sócios estabelecida em outros tipos, revelada no art. 1024 do Código Civil¹⁵⁹. E é sobretudo esta a razão que leva os indivíduos a celebrarem contrato de sociedade, ao invés de se lançarem individualmente no mercado competitivo.

Isto demonstra a grande maioria dos empreendimentos empresariais desenvolvidos a partir de organizações societárias que, a par da extremada relevância no cenário econômico-social, como visto, revela a necessidade de encabeçar direitos fundamentais, para que sua atuação fique protegida do Estado, bem como dos demais agentes e instituições¹⁶⁰.

Quando se explorou o conceito jurídico¹⁶¹ de empresário, constatou-se que as sociedades empresárias representam sua espécie na forma de pessoa jurídica que, portanto, titulariza direitos fundamentais, ainda que de forma indireta, quando tais direitos ficam resguardados às pessoas físicas que a compõe¹⁶².

Assim, não resta qualquer dúvida acerca da possibilidade das sociedades empresárias encabeçarem direitos fundamentais. Além disso, dada sua considerável essência na organização de negócios, que implicam diretamente na vida econômico-social, tal titularidade transparece como imperiosa, até mesmo para que haja uma maior segurança no exercício da atividade empresarial arriscada, que representa seu objeto.

Porém, demonstrou-se, ainda, que a melhor compreensão acerca dos empreendimentos empresariais molda-se muito mais por aspectos econômicos que jurídicos; o que leva à análise da empresa, não como atividade desenvolvida pelo empresário, mas como uma unidade produtiva organizada por um feixe de contratos,

¹⁵⁹ Art. 1024 do Código Civil : Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.

¹⁶⁰ Lembre o que se disse acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais recaindo não somente na relação particular X Estado, mas, ainda, nas relações desenvolvidas exclusivamente entre os particulares, como se viu no item 2.3.1.

¹⁶¹ Item 3.1.

¹⁶² Ver item 2.3.2.

em que aquele empresário aparece como seu coordenador. É este o entendimento que leva à compreensão das empresas como firmas.

Com base nesta última análise, isto poderia suscitar dúvidas acerca de quem, na verdade, seria o titular dos direitos fundamentais. O empresário, coordenador das firmas? Ou as próprias firmas? Acerca disso, destaca Antônio Menezes Cordeiro:

Resta considerar que, subjacente à empresa, haverá um tal sujeito singular ou coletivo. Assim, quando se fale em “direitos das empresas”, temos em vista os direitos que assistam ao sujeito que encabeça a empresa considerada. Com essa precisão, nenhum inconveniente existe em falarmos nos direitos das empresas¹⁶³.

E continua:

(...) As empresas tem os mais variados direitos (...) que dão azos a diversas figuras jurídico-subjetivas. (...) O contraponto dos direitos das empresas reside nos deveres que a elas assistam. Tais deveres são múltiplos e constantes. Visando ordenar a vida econômica da sociedade, o Direito dirige comandos aos agentes econômicos, independentemente de sua natureza jurídica, o que é dizer: às empresas. (...) Essa capacidade de encabeçar regras de conduta revela-se, também, na susceptibilidade de acolher direitos subjetivos¹⁶⁴.

Assim, conforme elucidado por este ilustre doutrinador português, pelo fato das empresas (firmas) representarem unidades produtivas, sempre encabeçadas por um sujeito – pessoa física ou jurídica – não há equívoco em se afirmar pela existência de “direitos das empresas” (ainda que indiretamente verificados).

Percebe-se, pois que o autor apóia-se sobre o mesmo raciocínio em que verificou a possibilidade de atribuir direitos subjetivos às pessoas jurídicas, para pautar-se na afirmação da titularidade destes direitos pelas empresas. Assim, da mesma forma que as pessoas jurídicas tornam-se titulares mediatas dos direitos subjetivos, vez que ultimam a titularidade pelas pessoas físicas que a compõe, as empresas encabeçariam estes direitos, também de forma indireta, já que seu titular direto seria o empresário.

¹⁶³ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Defesa da Concorrência e Direitos Fundamentais das Empresas*. In ALBUQUERQUE, Ruy e CORDEIRO, Antônio Menezes. Coimbra, Almedina, 2005; (p. 121 a 157)

¹⁶⁴ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Defesa da Concorrência e Direitos Fundamentais das Empresas*. In ALBUQUERQUE, Ruy e CORDEIRO, Antônio Menezes. Coimbra, Almedina, 2005; (p. 121 a 157)

O que se conclui, portanto é que, independente de se compreender a empresa restrita aos contornos jurídicos ou aberta à interpretação econômica, ainda que indiretamente, ela sempre titularizará direitos.

Some-se a tal constatação o fato de que as empresas representam entidades de fulcral relevância ao cenário econômico-social, chegando-se a afirmar, mesmo, que o sucesso destas entidades está diretamente ligado ao próprio sucesso de uma nação:

A prosperidade nacional não é herdada, mas criada pela força das empresas em inovar e se aperfeiçoar. Muito mais que a disponibilidade abundante de recursos naturais ou humanos, a competitividade de uma nação depende da capacidade de sua indústria em termos de inovação e aperfeiçoamento¹⁶⁵.

Ora, é sabido que hoje algumas empresas chegam a ter representação econômica no cenário mundial deveras superior à representação de alguns Estados! Dada sua relevância, não há como negar a possibilidade e, ainda, a necessidade de titularizar direitos fundamentais:

(...) os direitos fundamentais e os direitos de personalidade respeitavam, inicialmente, às pessoas singulares, vindo depois, a alargar-se às colectivas. Quer isso dizer que os direitos fundamentais e os de personalidade contemplam todos os sujeitos de Direito, independente de sua natureza. Esses direitos não deixam de estar presentes quando se joguem sujeitos de natureza econômica. **Torna-se, assim, indiscutível que as próprias empresas, na acepção técnica aqui utilizada, desfrutam de direitos fundamentais e de personalidade. (Destaquei e grifei).**¹⁶⁶

A fulcral proeminência das empresas (firmas) no cenário econômico, jurídico e social somada a possibilidade e necessidade de titularizar direitos, demonstra que a atribuição dos direitos fundamentais a elas revela-se como imprescindível, pois somente neste sentido tais instituições restarão resguardadas para exercer sua atividade como manda a constituição. O que assegura, portanto, a concretude do Estado Democrático de Direitos, sobre os fundamentos da livre iniciativa e dos valores sociais do trabalho.

¹⁶⁵ MENDES, Judas Tadeu Grassi. *Economia: fundamentos e aplicações*. São Paulo, Pearce Prentice Hall, 2009, p.15.

¹⁶⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Defesa da Concorrência e Direitos Fundamentais das Empresas*. In ALBUQUERQUE, Ruy e CORDEIRO, António Menezes. Coimbra, Almedina, 2005; (p. 121 a 157)

Assim, detectado o direito ao lucro como um direito fundamental e demonstrada a possibilidade das empresas encabeçarem direitos fundamentais, não resta dúvidas de que esta espécie de direito fundamental aparece como o núcleo essencial, importando na própria existência e continuidade da empresa. O que traz reflexos à atuação negativa do Estado e dos demais atores do cenário social, bem como na obrigatoriedade de garantir seu cumprimento pelo ente estatal.

Destaque-se o apoio deste trabalho no entendimento apresentado de que, ainda que indiretamente, as empresas possuem direitos fundamentais. Porém, intuindo uma análise direta e compatível tanto ao critério econômico, quanto ao jurídico de empresário, o que aqui se defende é a titularidade do direito ao lucro pelo empresário como coordenador da firma ou como exercente da empresa (atividade)¹⁶⁷.

3.3 O direito ao lucro como um princípio de direito fundamental: a colisão dos princípios.

Até aqui, restou demonstrada a essência do direito ao lucro pelo empresário como peculiar à concretude do Estado Democrático de Direito assente na livre iniciativa e nos valores sociais do trabalho. Ainda, verificou-se a possibilidade das empresas - indiretamente, mas diretamente pelos empresários - titularizarem direitos fundamentais.

Neste momento, detectada a fundamentalidade do direito ao lucro, resta concluir pela sua aplicabilidade quando em conflito com outros direitos fundamentais.

Ora, em razão do próprio empreendimento empresarial e da necessidade dos fatores de produção para o exercício desta atividade, constantemente, o direito fundamental ao lucro do empresário encontram-se em conflito com outros direitos fundamentais como os dos trabalhadores; do meio ambiente, os direitos dos consumidores...

Como se viu, o próprio art. 170 da Constituição Federal elenca todos estes direitos, embasando, assim, o sentido de que o desenvolvimento da atividade

¹⁶⁷ Apoiado no conceito econômico, à luz do art. 966 do Código Civil.

empresarial, assente no fundamento da livre iniciativa, só poderá desenvolver-se quando compatível a todos aqueles princípios.

Como se asseverou no capítulo acerca dos direitos fundamentais¹⁶⁸, estes aparecem como normas – normas de direitos fundamentais – que, na maioria das vezes, se constituem na espécie de princípios.

Assim como todos os demais princípios fundamentais, o direito ao lucro não é absoluto representando, como destacado, um mandado de otimização que, quando em colisão com outros princípios, somente propiciará uma justa solução a partir da ponderação, em que cada princípio deveria ser aproveitado da melhor forma possível, considerando-se as peculiaridades do caso concreto¹⁶⁹.

Aliás, a ponderação de princípios, mais que uma solução jurídica – vez que nenhum destes princípios fundamentais pode ter sua validade negada – aparece como uma necessidade à coordenação do funcionamento das próprias empresas, já que os direitos dos trabalhadores, dos consumidores, dos concorrentes... precisam ser compatibilizados aos direitos do empresário para que a atividade empresarial possa desenvolver-se harmoniosamente.

Assim é que, a todo tempo, o direito fundamental ao lucro pelo empresário encontra-se em colisão com os direitos fundamentais, por exemplo, dos trabalhadores elencados no art. 7º a 11 da Constituição, que vão desde a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa até a liberdade de associação profissional ou sindical e a garantia do direito de greve; bem como os direitos dos consumidores elencados no código consumerista que regulamenta a limitação constitucional do art. 170, V da Constituição, e, ainda, o próprio direito fundamental que assegura a liberdade em estar no mercado, de modo que não se pode conceber a exploração da empresa com o objetivo de eliminar ou diminuir a competição por meios desleais¹⁷⁰.

A fundamentalidade do direito ao lucro pelo empresário implica, portanto em jamais subjugar-lo, mas, quando em conflito com qualquer outro direito fundamental, ponderá-lo, levando-se em consideração as peculiaridades casuísticas. Assim, se, em determinadas situações ele se revelar como preponderante, em outras ele pode revelar-se minimizado, porém nunca negado.

¹⁶⁸ Especificamente no item 2.2.

¹⁶⁹ Novamente, item 2.2.

¹⁷⁰ BOTREL, Sérgio. *Direito Societário Constitucional*. São Paulo. Atlas, 2009; p. 54 e ss.

Percebe-se, portanto, que este critério acaba por revelar-se, juridicamente, como suficiente para solucionar os *hard cases*.

Apesar das críticas acerca dos exageros e subjetivismos que imperam no mecanismo da ponderação, entende-se que esta, ainda, representa uma boa técnica¹⁷¹. Porém, verificada a íntima conexão do direito fundamental ao lucro às questões econômicas, este trabalho sugere que se desenvolva uma análise econômica do direito fundamental ao lucro para que a solução a tais conflitos, além de justas e coesas ao ordenamento jurídico, revelem-se como eficientes.

¹⁷¹ Não se pode deixar passar o momento, sem apresentar a crítica de Cristiano Carvalho acerca do uso aças exagerado da ponderação de princípios. Em suas palavras: *A onda dos “princípios” tomou de assalto a doutrina pátria. É “postulado” para cá, “princípio” para lá, “ponderação” aqui, “colisão” acolá. Tal epidemia lembra a praga dos coelhos na Austrália, algo que nasceu desprezioso, mas cuja reprodução exponencial gerou uma verdadeira catástrofe nacional. Trata-se da “farra principiológica”, na feliz expressão cunhada por Ronaldo Porto Macedo, pela qual se acha que todo e qualquer problema jurídico pode ser solucionado através de um passe de mágica, como se princípios fossem coelhos tirados da cartola.* In CARVALHO, Cristiano. *Princípios e Consequências: a teoria da escolha racional como critério de ponderação: Introdução ao problema*. Disponível em: http://www.iders.org/textos/Principios_e_Consequencias.pdf. Acesso em 22 de setembro de 2010.

4 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO AO LUCRO PELO EMPRESÁRIO

Restou demonstrado que a atividade empresarial sempre caminhará no sentido de obtenção de resultados positivos e que, somente quando estes resultados são alcançados, o empresário consegue preservar-se no mercado, oferecendo aos consumidores bens e serviços adequados, a preços possíveis de serem pagos, proporcionando empregos que, conseqüentemente, através dos salários, concedem aos trabalhadores poder aquisitivo para se tornarem consumidores, realizando, assim, a ordem econômica brasileira à luz da livre iniciativa e dos valores sociais do trabalho, a partir da economia de mercado.

Portanto, não restam dúvidas acerca da fulcral importância do direito do empresário em auferir lucro, para a própria realização do ordenamento jurídico-econômico, da forma como apontado pela constituição federal brasileira. Também não há equívocos quanto à necessidade de elevar este direito à esfera de fundamental, construindo um núcleo intangível às intervenções estatais e privadas e, ainda, revelando-se como dever de garantia pelo Estado.

Além disso, a partir da verificação econômica do papel do empresário e das firmas, constatou-se que a atividade deve se pautar no sentido de reduzir os custos de transação, pois, somente assim, culmina-se em soluções eficientes que favorecem, não só o aprimoramento das próprias firmas, mas o desenvolvimento de toda uma economia.

O que se pretende, neste momento, é levantar algumas ponderações acerca da aplicação do direito ao lucro pelo empresário, como um direito fundamental, e seus reflexos à luz da análise econômica do direito.

Para tal, importa partir de um ponto essencial, qual seja o estudo acerca da distinção dos direitos fundamentais em positivos e negativos.

4.1 Direitos fundamentais positivos e negativos e os custos dos direitos

Neste sentido, direitos negativos seriam aqueles direitos referentes às liberdades individuais, implicando num dever de abstenção do Estado frente à autonomia privada do indivíduo: direito de propriedade, liberdade de expressão, liberdade de locomoção, liberdade de associação...

Por outro lado, considera-se direitos fundamentais positivos¹⁷² aqueles direitos que ensejam um dever de prestação pelo Estado, direitos que só se verificam ante a atuação positiva do ente estatal, como o direito à saúde, educação,... para tal, tendo em vista o dever prestacional, este enseja custos referentes ao dispêndio de recursos necessários à sua realização.

O presente estudo dirige-se à análise da classificação dos direitos fundamentais formulada a partir da necessidade ou não de prestação positiva por parte do Estado para sua efetivação, e que, por variadas razões históricas confunde-se, ao menos em parte, com a tradicional divisão entre direitos fundamentais da liberdade e direitos fundamentais econômicos ou sociais¹⁷³.

Acerca destes direitos ditos fundamentais positivos, explanou Ricardo Lobo Torres, partindo da Teoria dos Status de Jellinek para classificá-los em negativos – compreendendo-os, portanto como *status positivus libertatis* – e positivos – *status positivus socialis* - estes últimos entendidos como direitos sociais:

O *status positivus socialis* é de suma importância para o aperfeiçoamento do estado social de direito, sob a sua configuração de estado de prestação e em sua missão de protetor dos direitos sociais e de curador da vida social, responsável pela previsão ou cura da existência (*Daseinvorsorge* para os alemães): compreende o fornecimento de serviço público inessencial (educação secundária e superior, saúde, moradia, etc.) e as prestações financeiras a favor dos fracos, especialmente sob a forma de subvenções sociais. (...). O *status*

¹⁷² Destaque-se que, neste momento não se está aqui referindo àquela distinção direito positivo X direito natural, em que os positivos seriam aqueles representados por enunciados deontológicos, revelando o aspecto objetivo do direito. Quando se distingue direitos fundamentais positivos e negativos, quer-se, exclusivamente, investigar se haverá ou não um dever de prestação pelo Estado.

¹⁷³ GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos Não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2005, p. 150.

positivus socialis, ao contrário do *status positivus libertatis*, se afirma de acordo com a situação econômica conjuntural, isto é, sob a “reserva do possível” ou na conformidade da autorização orçamentária¹⁷⁴.

Acerca de tal compreensão, somente seria possível assegurar uma eficácia absoluta a todas as normas de direito fundamental positivo, caso o Estado possuísse recursos disponíveis para assegurar todo e qualquer direito. A estatuição constitucional de uma pretensão positiva, não pode de *per se* transformar a realidade social naquela desejada, mas somente naquela que seria possível¹⁷⁵.

Apesar de tal classificação não restar ainda demonstrada neste trabalho, pôde-se perceber, quando se destacou a evolução dos direitos fundamentais, que estes direitos, aos poucos, deixaram de limitar-se àquele dever de abstenção do Estado. Assim, diante dos novos cenários e personagens nascentes nas sociedades contemporâneas, tornou-se necessário que o Estado desenvolvesse atitudes positivas e não, somente, se absteresse de adentrar a esfera privada.

Diante disso, o agir estatal – direito fundamental positivo – como dito, implicaria em custos para o Estado, ao revés, a abstenção estatal, não provocaria os referidos custos.

Neste momento, para chegar-se numa ponderação acerca das implicações da fundamentalidade do direito ao lucro pelo empresário enquadrando-o como direito fundamental positivo ou negativo, impera invocar aquele bem sucedido movimento teórico das últimas décadas conhecido como *Law and Economics* ou Análise Econômica do Direito:

Trata-se da aplicação da Economia ao Direito, ou, mais simplesmente, Direito e Economia. A sua superioridade encontra-se no fato da Ciência Econômica ser, de longe, a ciência social com mais êxito até hoje. Seu caráter empírico e sua forte matematização a tornou uma ciência no mais puro sentido da palavra, pois é capaz de não apenas descrever acuradamente o seu objeto, como também prever, com razoável grau de precisão, o comportamento futuro desse mesmo objeto.¹⁷⁶

¹⁷⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *O orçamento na constituição*. Rio de Janeiro, Renovar, 1995; p. 133 – 134.

¹⁷⁵ AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes*. In TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro. Renovar, 1999; p.95-115.

¹⁷⁶ CARVALHO, Cristiano. *Princípios e Consequências: a teoria da escolha racional como critério de ponderação: Introdução ao problema*. Disponível em: http://www.iders.org/textos/Principios_e_Consequencias.pdf. Acesso em 22 de setembro de 2010.

Este trabalho já vem dedilhando seu estudo em contornos econômicos, por entender que o método de apreciar questões jurídicas à luz de critérios econômicos acaba por revelar-se como um caminho mais sólido para se chegar a soluções e interpretações possíveis de se concretizar. A análise econômica do direito tem o condão de unir e mesclar o lado jurídico qualitativo ao econômico empírico e quantitativo, o que, de nenhuma forma implica na destruição ao método argumentativo jurídico. Ao revés, somando-se estas duas perspectivas, o caminho para se alcançar a equidade poderá ser muito mais curto, vez que eficiente.

Assim, comungando do entedimento do autor de que a Análise Econômica do Direito revela-se como a teoria moderna mais acertada e eficaz para tratar de temas tão delicados¹⁷⁷, basear-se-á nesta perspectiva econômica para perquirir as implicações dos direitos fundamentais positivos e negativos acerca de seus custos, visando, ainda, o enquadramento do direito ao lucro nestas categorias.

Neste sentido, como visto, tem-se que o objeto da ciência econômica é a lei da escassez, de modo que *tudo se resume a uma restrição quase física – isto é, produzir o máximo de bens e serviços com os recursos escassos disponíveis a cada sociedade.*¹⁷⁸ Ora, se todos os indivíduos pudessem se satisfazer diante da existência infinita de todos os bens, não haveria que se falar em economia e o Direito, certamente, reduziria-se às questões pessoais, vez que todas as patrimoniais estariam solucionadas: todos teriam tudo indefinidamente.

Ocorre que, perante a fatídica escassez, o indivíduo é levado a fazer escolhas. Se não há recursos para ter tudo, é necessário escolher aquilo que se pode ter!

Da mesma forma, o Estado é levado a fazer escolhas.

Assim, quando o Estado se depara com um dever prestacional – direito fundamental positivo – o qual, como visto, enseja custos, em razão da escassez, deverá fazer escolhas. Isto ocorre, por exemplo, quando um grupo social clama pela construção de escolas e novos professores, ao passo que outra parte da população exige a construção de novos hospitais e a contratação de médicos. Ante a escassez de recursos, o Estado deverá então escolher se irá construir o hospital ou a escola, contratar médicos ou professores, ou contratar médicos e professores e não construir

¹⁷⁷ Flávio Galdino destaca, ainda, que o distanciamento da realidade que os estudos jurídicos apresentam, acaba por revelar a preponderante influência da racionalidade econômica nas escolhas atuais. In GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos Não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2005, p. 160.

¹⁷⁸ PINHO, Diva Benevides e VASCONCELOS, Marco Antônio Sandoval (organizadores), *Manual de Economia*. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 10.

prédio algum, ou, ainda, construir a escola e contratar novos médicos para os hospitais já existentes, ou vice versa.

Quando o Estado (assim como qualquer indivíduo) é levado a fazer uma escolha, certamente isto implicará numa renúncia, verificando-se, assim, os *trade-offs*, cujas implicações representam os custos de oportunidade. Isto, porque, toda escolha tem como efeito uma renúncia, de modo que este custo de oportunidade representa os dispêndios que surgirão em decorrência do fato de não se ter realizado a outra escolha.

Por exemplo: como acima elucidado, imagine que o Estado deixou de construir a escola e contratar novos professores e edificou o hospital e contratou novos médicos. Isto, certamente, implicará em custos de oportunidades refletidos nas crianças que deixarão de estudar, num mal aprendizado em razão de salas de aulas lotadas e falta de professores, no transporte das crianças daquela região para irem estudar em outras escolas distantes...

Tais escolhas, portanto, são baseadas em preferências, em valores e, inclusive, no orçamento disponível. Este último critério traz importantes consequências quando se refere a escolhas estatais.

O que se pode perceber, portanto é que, toda vez que o Estado encontra-se diante de *trade-offs*, a escolha deve levá-lo a uma solução eficiente, no sentido de satisfazer ao máximo o interesse da sociedade, mas sempre, na medida do possível¹⁷⁹.

A par do elucidado, como se viu, a realização dos direitos fundamentais positivos, implica em custos e, ante a escassez de recursos refletida num orçamento limitado, não há como concretizar todos estes direitos.

Além disso, a partir da importante obra *The Cost of Rights* de Cass Sustein e Stephen Holmes – entendimento no qual este trabalho se apóia - restou demonstrado que todos os direitos são positivos – e não somente os sociais - e, justamente por isso, sempre ensejarão alguma prestação do Estado no sentido de efetivá-los, implicando, conseqüentemente em custos¹⁸⁰.

Esclarece Flávio Galdino explorando a obra dos citados autores:

¹⁷⁹ Destaque-se aqui que, diferente do que fora dito acerca das firmas, que encontram tais soluções eficientes quando conseguem culminar na função de produção a partir de um máximo de produção para um mínimo de custo, esta operação não se verifica para o Estado, pois este, diversamente, não intui o lucro.

¹⁸⁰ A obra *The Cost of Rights* foi bastante explorada no livro *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos Não Nascem em Árvores* do brasileiro Flávio Galdino. In GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos Não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2005, p. 199 e ss.

Na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captadas junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que os permita. (...) Verificando-se que os custos serão, então, indispensáveis à caracterização dos direitos – entendidos como situações a que o Direito “concede” determinados remédios (jurídicos, portanto), os autores afirmam que **TODOS OS DIREITOS SÃO POSITIVOS**.¹⁸¹

De forma bem breve, a idéia de que, portanto, os direitos ligados às liberdades seriam direitos negativos, representando um dever de abstenção total pelo Estado há que ser revista. Isto porque, quando entendidos desta forma, leva à conclusão de que, por não ensejar custos – ante a ausência prestacional – teria direito a uma proteção absoluta. Ao revés disso, porém, todas as liberdades ensejam a elaboração e a aplicação de um armamento normativo e regulatório perene por parte de agentes políticos, juízes e legisladores e, muitas vezes, da ação de agentes governamentais para garantir e preservar tais liberdades – como, por exemplo a propriedade privada. Neste sentido, todos estes agentes *são mantidos pelo erário público com recursos levantados pela tributação imposta pelo Estado, consubstanciando o seu trabalho em uma prestação inequivocamente fática e manifestamente pública – principalmente: positiva*¹⁸². O que traz, como efeito, os custos para suprir esta máquina.

Ainda, a demonstração da positividade de todos os direitos restaria concluída e confirmada pelo simples fato de se verificar a necessidade de disponibilização dos remédios jurídicos para proteção em face de suas violações.

Diante disso, pode-se constatar que **TODOS** os direitos fundamentais têm custos, independente de referirem-se a direitos sociais ou liberdades individuais. Por tal razão, ante a escassez de recursos, a realização de **TODOS** eles restará impossibilitada, cabendo ao Estado fazer escolhas, mas direcionando-se, sempre, àquela que lhe parecer a mais eficiente, num intuito de satisfazer ao máximo os anseios da sociedade, sempre, na medida do possível.

¹⁸¹ GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos Não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2005, p. 204.

¹⁸² GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos Não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2005, p. 208.

O que se nota, portanto é que, em razão dos seus custos, a efetiva proteção aos direitos fundamentais enseja sua distribuição à sociedade como um todo e, ainda, a efetiva atuação do Estado.¹⁸³

Cabe aclarar: se a efetivação de toda e qualquer espécie de direitos fundamentais (e até não fundamentais) implica em custos para sua efetivação pelo Estado, tais despesas são asseguradas a partir das receitas públicas que, por excelência, na realidade contemporânea, são representadas pela receita tributária.¹⁸⁴

No que se refere, especificamente, ao direito ao lucro pelo empresário, cabe sua análise em relação aos custos que enseja.

Assim, sabendo que todos os direitos implicam em custos e que o orçamento é limitado, o Estado poderia, imediatamente, estabelecer aumento na tributação visando a satisfação de um maior número de direitos. Porém, uma arrecadação tributária leonina implicaria numa escolha ineficiente, ante as árduas consequências que traria à ordem econômica.

Isto leva à compreensão de que a postura estatal deve-se apresentar estrategicamente arquitetada para operar frente aos anseios empresariais, de modo que o desenvolvimento do empresário possa favorecer o próprio aprimoramento do Estado e não o contrário.

Neste sentido, a Teoria dos Jogos pode-se apresentar como um bom caminho para tal compreensão.

4.2 A teoria dos jogos e a escolha racional do Estado frente ao agir empresarial.

A Teoria dos Jogos tem se mostrado como uma ferramenta valiosa no auxílio ao esclarecimento de fenômenos e para a tomada de decisões. Seu objeto é qualquer

¹⁸³ *Under this definition, a right does not exist if there is no institutional machinery to protect it. If all citizens are to enjoy a certain minimum of rights, then these costs cannot be individually born, on, say, a pay-as-you-go basis. Rather, the cost of rights must be distributed across the citizenry, which require both tax revenue (to pay for the enforcement of rights) and state action (to implement such enforcement).* IMMORDINO, Giovanni and PAGANO, Marco. *The Cost of Rights: an Economic Analysis*. Disponível em http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2004_n4/mono_Immordino-Pagano.pdf Acesso em 15 de dezembro de 2010.

¹⁸⁴ AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes*. In TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro. Renovar, 1999; p.95-115.

conflito de interesse que gere comportamentos estratégicos. Em outras palavras, esta teoria investiga situações em que dois ou mais agentes – chamados jogadores - estejam sujeitos à consequências não somente de seus próprios atos, como também dos atos daqueles outros agentes e, exatamente por isso, impera que estes agentes estabeleçam suas estratégias para agir obtendo, cada um deles, o maior ganho possível.

Quando se leva em conta a aplicação da teoria dos jogos ao Direito, há que se ressaltar que por esta teoria *os comportamentos não são ditados, mas sim influenciados pela norma legal*¹⁸⁵.

Para entender como a teoria dos jogos pode ser levada em consideração quando se analisa o direito ao lucro pelo empresário, há que se compreender seu próprio funcionamento e onde se deseja chegar.

Neste sentido, esclareça-se que são três os elementos constitutivos daquilo que se entende por *jogo legal*.

Em primeiro lugar, os jogadores são os próprios agentes econômicos; em segundo lugar, sempre haverá inúmeras estratégias disponíveis a cada jogador; e, em terceiro lugar, finalmente, os resultados (recompensas ou penalidades) para cada jogador serão decorrentes de cada combinação de estratégias, sempre considerando todas as alternativas possíveis.

Neste sentido, os jogadores – agentes econômicos – deverão seguir a melhor estratégia, ou seja, tomar as melhores decisões ou seguir as linhas de ações possíveis de se adotar numa dada situação, a partir da postura que for tomada pelo adversário, já que esta atitude influenciará diretamente no resultado obtido pelo primeiro jogador.

Diante deste jogo, *cabe à economia avaliar qual seria a estratégia mais eficiente*, já ao Direito cabe definir *para os participantes do jogo quais são exatamente as vantagens em adotar este ou aquele comportamento*.¹⁸⁶

(...) as técnicas da teoria dos jogos permite modelar as interações entre indivíduos em que estes agem estrategicamente – isto é, levando em conta o que o(s), outro(s) faz(em) – e, assim, tentar prever suas decisões supondo que eles demonstrem um comportamento racional. Com isso, tal teoria aplicada ao Direito, pretende discernir o papel que

¹⁸⁵ PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: ELSEVIER, 2005. p. 157.

¹⁸⁶ PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: ELSEVIER, 2005. p. 165-166.

desempenham as normas jurídicas vigentes e os resultados sobre os comportamentos dos agentes de uma alteração do quadro jurídico em que operam. Isso não significa, porém, que a análise jurídica do comportamento estratégico das pessoas (físicas e jurídicas) se limite à mera definição de “ regras de jogo” para enquadrar a satisfação do interesse individual.

A dimensão valorativa ou normativa do jurídico é requisito básico – é um *prius*. Definir quais os resultados que pretendemos atingir por meio do Direito é uma segunda contribuição da Teoria dos Jogos. Com o propósito de esclarecer, em face de certos pressupostos relativos ao comportamento dos agentes envolvidos, quais os resultados decorrentes de optarmos por um dos modelos normativos à nossa disposição, a Teoria dos Jogos abre um novo campo aos juristas.¹⁸⁷

Assim, retornando ao comportamento do Estado frente ao ímpeto lucrativo empresarial, a partir da teoria dos jogos, é possível traçar qual seria a melhor estratégia estatal a ser tomada, no intuito de se verificar a segunda contribuição desta teoria ao direito, como bem demonstrou a citação acima: definir quais resultados se pretende atingir com o Direito.

Neste sentido, imaginando que o agir estatal frente à atividade empresarial é um jogo, ter-se-ia como agentes os empresários e o próprio Estado.

O Estado, no intuito de estabelecer a mais benéfica tática para agir, objetivando o bem-estar social, parte do possível comportamento de seu adversário. Assim, certamente, conclui-se que toda atividade empresarial intui maximizar seus lucros.

A partir daí, surge duas alternativas ao Estado: a) fixar uma tributação leonina, vez que, já que os empresários alcançarão uma fatia de lucro, este deverá ser abocanhado pelo Estado, para que assim seja possível realizar todos ou quase todos os direitos, já que estes sempre implicarão em custos; b) estabelecer uma tributação razoável ao ponto de permitir ao empresário manter-se e aprimorar-se no mercado.

Traçadas as estratégias, o Estado deve se pautar nas consequências que implicarão, para assim escolher qual representará a melhor forma de agir.

Assim, sabe-se que, caso decida por um tributar voraz, isto implicará em sérias implicações à ordem econômica, vez que, com lucro reduzido, as empresas restarão impossibilitadas de cumprir seu próprio papel social de geração de riquezas.

Há ainda que acrescer: sabe-se que a iniciativa privada há muito já encabeça a realização de atividades que referem-se, na verdade, à concretização de direitos

¹⁸⁷ PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: ELSEVIER, 2005. p. 167.

sociais do Estado, por exemplo, a saúde e a educação. Hoje, vê-se cada vez mais escolas e hospitais particulares. A par de tal constatação, caso o Estado aja no sentido de abocanhar a faixa de lucro empresarial, certamente, isto implicaria na impossibilidade de construção de novas escolas e hospitais privados ou, ainda, escolas e hospitais de qualidade, o que exigiria do Estado um dever prestacional ainda maior para assistir não somente uma parte da população – como se vê hoje – mas toda a população. Implicando, obviamente, em mais e mais custos.

Ao revés, caso o Estado aja pautando-se no respeito ao lucro empresarial para estabelecer seu agir tributário, as consequências poderão se revelar de forma muito mais benéfica à sociedade como um todo e, inclusive, a ele próprio.

Atassalhar como um leão toda ou quase toda a fatia de lucro alcançada pelo empresário não representa uma decisão eficiente do Estado. Isto, porque, sem lucro, ou com pouco excedente, como se viu, o empresário não desenvolve sua atividade deixando, assim, de oferecer produtos e serviços em mercados ou oferecendo-os a preços intangíveis; inibe o desenvolvimento de novas atividades empresariais, implicando no surgimento de monopólios ou oligopólios, bem como na redução de oferta de empregos.

Além disso, o lucro aparece como um incentivo ao empresário para se manter ou ampliar seus negócios. Um abocanhamento deste incentivo pode trazer sérias implicações ao Estado reveladas, inclusive, no dever de suprir aquilo que a iniciativa privada acabará deixando de realizar, caso isto se verifique.

Destaque-se, neste sentido, o entendimento doutrinário:

Imprescindível, que o tratamento jurídico, como um todo represente essa evolução da noção de empresa (...), em especial, seu tratamento tributário deve merecer atenção redobrada do Poder Público, na medida em que ela, a empresa, se apresenta como fonte de riqueza do Estado, que não pode ser sufocada pela excessiva carga tributária, que lhe importa ônus insuportável, de tal modo a inviabilizar sua atividade¹⁸⁸.

Imperioso trazer à baila as constatações da autora acerca do comportamento tributário estatal e dos consequentes prejuízos proporcionados não só aos empresários, como ao próprio ente Estatal:

¹⁸⁸ SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. *Os princípios na tributação da empresa*. In *A Empresa no Terceiro Milênio: Aspectos Jurídicos*. WALD, Arnold e FONSECA, Rodrigo Garcia (coords.). São Paulo. Juarez de Oliveira, 2005; p. 392

A gestão de uma empresa, para ser bem sucedida, há de buscar a constância de resultados ao longo do tempo. No entanto, a situação atual tem demonstrado que o faturamento – base de cálculo para várias espécies de tributação – está sendo pressionado para níveis cada vez mais baixos – o que se revela preocupante, em razão da necessidade de manter ou até mesmo aumentar os níveis de produção em razão da acirrada concorrência, não só interna, mas também internacional. (...) O governo está interessado no desempenho das empresas, para definir sua política econômica e de investimentos. No entanto, a excessiva carga tributária, entre outros motivos, vem provocando a estagnação da economia. (...) Vê-se, portanto, que configurada está situação em que a instituição de tantos tributos culmina por originar efeitos confiscatórios do lucro, dada a quantidade de espécies incidentes sobre as atividades empresariais e as elevadas alíquotas impostas. De outra parte, as oportunidades de parcelamento oferecidas pelo Poder Público, por vezes representam o pagamento do tributo – portanto o adimplemento das obrigações -, mas, concomitantemente, levam ao encerramento da empresa, haja vista as dificuldades em manter as atividades normais¹⁸⁹.

Perceba, inclusive, que a autora elucidada chega a afirmar que a tributação, na forma que vem sendo administrada passa a apresentar efeitos de confisco que, nos dizeres de Ives Gandra de Sinva Martins:

(...) sempre que a tributação agregada retire a capacidade do contribuinte se sustentar e se desenvolver (ganhos para suas necessidades essenciais e ganhos superiores ao atendimento destas necessidades para investimento ou desenvolvimento), estar-se-á perante o confisco¹⁹⁰.

A tributação resultante em confisco impede o desenvolvimento empresarial proporcionando graves perdas e custos, muitas vezes, irreparáveis aos Estado.

Perceba, portanto, que os custos de oportunidade do Estado, quando efetiva uma escolha que vai de encontro ao resguardo do direito ao lucro pelo empresário, acabam revelando-se mais altos; o que sugere que esta nunca será uma escolha estatal eficiente.

Supor que compete ao sistema normativo partir de modelos assistencialistas para promover a distribuição de riqueza deixa de lado uma questão prévia, a qual tem de ver com o estímulo à criação de

¹⁸⁹ SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. *Os princípios na tributação da empresa*. In *A Empresa no Terceiro Milênio: Aspectos Jurídicos*. WALD, Arnold e FONSECA, Rodrigo Garcia (coords.). São Paulo. Juarez de Oliveira, 2005; p. 405.

¹⁹⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil, 6º v. Tomo I*. São Paulo. Saraiva, 1990. p. 161-162.

riqueza. Ou seja, dificultar a apropriação do valor por quem o produza tende a reduzir o bem-estar geral¹⁹¹.

Quando se tem em mira a Teoria dos Jogos, acredita-se que os agentes agem no sentido de sua racionalidade – vista aqui sob o aspecto exclusivamente cognitivo -, motivados a maximizar seus próprios ganhos. Ou seja, quando o agente age racionalmente, parte do pressuposto de que ele tenha conhecimento de todas as demais alternativas disponíveis, mas, mesmo assim, escolhe uma determinada estratégia por entender que aquela lhe trará um resultado mais favorável, de acordo com suas próprias preferências e seu livre-arbítrio.

Porém, como já se viu, sabe-se que as informações nem sempre são completas, que elas podem apresentar problemas e, ainda, que muitos agem de forma oportunista. E isto demonstra, portanto, que a racionalidade aparece como limitada: *os atores humanos buscam ser racionais, mas apenas conseguem sê-lo de modo limitativo*¹⁹²

Porém, quando é o Estado quem tem de tomar certas e importantes decisões, não é compreensível que ele atue irracionalmente, ou de forma racionalmente limitada. Ora, diversamente do ser humano, individualmente considerado – que foi sobre quem foi pensada a racionalidade limitada – o Estado possui um armamento estrutural com mecanismos e mentes pensantes que possibilita que suas escolhas sejam sempre racionais. E se assim não for, significa que o aparato não está organizado de modo adequado.

Isto implica que o Estado sempre terá condições de estabelecer e, portanto, seguir a melhor estratégia, alçando, assim, o maior bem-estar social.

Neste sentido, apresentadas as estratégias estatais frente ao agir empresarial, o que se nota é que, neste jogo, o melhor caminho sempre será assegurar aos empresários sua fatia de lucro, pois somente assim pode-se chegar àquilo que se estabeleceu como equilíbrio de Nash¹⁹³, implicando numa solução ótima a todos os jogadores – empresários e Estado, a partir da maior concretude do bem-estar social.

¹⁹¹ ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Raquel. Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: ELSEVIER, 2005, p. 82.

¹⁹² WILLIAMSON, Oliver. *Por que Direito, Economia e organizações?* In ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Raquel. Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: ELSEVIER, 2005, p. 16-59.

¹⁹³ *O equilíbrio de Nash pode ser interpretado como um par de expectativas sobre as escolhas da outra pessoa, de modo que, quando a escolha de uma pessoa for revelada, nenhuma delas querará mudar*

Quando se percebe, portanto, que toda estratégia do Estado deverá levar em conta o direito ao lucro pelo empresário, o fato de considerar aquele direito como sendo um direito fundamental, acabará por induzi-lo ao caminho mais eficiente, vez que, diante de sua fundamentalidade, será desenhado um contorno intangível que impedirá um agir estatal voraz e abocanhador, assegurando à sociedade um maior bem-estar.

Em outras palavras, como restou comprovado, neste jogo em que o Estado deverá traçar suas estratégias frente ao agir empresarial, a tática de assegurar a fatia de lucro ao empresário sempre se revelará como uma escolha racional, ou seja, a melhor opção que garantirá o maior bem-estar à sociedade como um todo. Sobre este viés, o fato de elevar o direito ao lucro do empresário à categoria de fundamental implicará que o Estado sempre e em todas as hipóteses aja ao encontro deste direito, pois passa a representar um núcleo intocável, que não está sujeito a qualquer espécie de submissão ou alteração, por representar cláusula pétrea!

A constatação de que o direito ao lucro pelo empresário é um direito fundamental está embutida no próprio agir racional do Estado, levando-o à escolhas eficientes e, ao mesmo tempo, implica na realização do Estado Democrático de Direito, assente no modelo econômico adotado pelo constituinte de 1988.

Indo além, considerando-se a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, o direito ao lucro pelo empresário também acabará por representar uma escolha racional dos agentes envolvidos. Isto porque, por exemplo, numa relação empregatícia, exigir do empresário um dever prestacional extremo ao seus empregados, implicaria em custos, que, certamente, seriam repassados a estes através de uma redução salarial. Nesta mesma linha de raciocínio, a imposição de garantias além das razoáveis ao empresário, frente seus consumidores, também ensejaria custos que lhes seriam transmitidos através do aumento nos preços.

Assim, ainda que, como dito, afora o Estado, não se possa falar em decisões sempre racionais, dada a racionalidade limitada dos sujeitos, o fato de se considerar o direito ao lucro pelo empresário como um direito fundamental, também implicaria em escolhas racionais. E isto deveria ser levado em conta pelo próprio julgador ou pelo legislador, quando da elaboração das leis, tendo em vista os litígios envolvendo empresários e empregados, consumidores ou concorrentes.

Em outras palavras, quando o direito ao lucro pelo empresário passa a ser tido por fundamental, mesmo nas relações inter-privadas impera sua proteção. Isto, de modo que, quando outros indivíduos estiverem em conflito com um empresário, este direito deverá ser preservado, vez que intangível. O que levará os envolvidos, assim, à tomada de decisões eficientes, evitando o repasse de custos.

Assim, não há razões que justifiquem a inobservância do direito ao lucro como um direito fundamental do empresário, ao revés, somente constatações que induzem a esta conclusão, tanto quando analisado sobre a ótica exclusivamente jurídica, como pelo viés econômico.

Economicamente, a fundamentalidade do direito ao lucro propicia a eficiência das decisões estatais e, juridicamente, a realização da ordem econômica constitucional.

É por tudo isso que não há outro caminho senão afirmar que o direito ao lucro pelo empresário é um direito fundamental.

CONCLUSÃO

A partir da observação dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro e dos princípios norteadores da ordem econômica nacional, à luz do modelo econômico capitalista, revela-se coeso o enquadramento do direito ao lucro pelo empresário como um direito fundamental resguardado pelo ordenamento pátrio.

Assim, um aprofundamento na compreensão da metodologia e técnica dos direitos fundamentais, inicialmente, em sua expressão objetiva, como normas de direitos fundamentais, permite algumas conclusões: a verificação destes direitos fundamentais classificados em formais e materiais, em razão de sua presença ou não no texto constitucional; a constatação de que, no mais das vezes, eles se estruturam não como regras, mas como princípios. Além disso, que são expressões reveladoras de direitos subjetivos.

A partir da construção deste panorama já se torna possível começar a sinalizar para a possibilidade de se constatar o direito ao lucro pelo empresário, como um direito fundamental. Isto porque verifica-se, em primeiro lugar, que os direitos fundamentais não se limitam mais aos direitos naturais do homem; em segundo lugar, porque não é este o único titular destes direitos, o que permite sua extensão a outros agentes sociais, como o próprio empresário – pessoa física ou jurídica.

Além disso, algumas advertências acerca de sua aplicabilidade são destacadas, quando se verifica o critério de sopesamento aplicado no conflito de direitos fundamentais, bem como as observações acerca da tendência jurídica brasileira em se considerar a aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas. Neste sentido, como direito fundamental, o direito ao lucro poderia, com base em tais critérios, ser levado em consideração nos conflitos envolvendo empresários e empregados, concorrentes e consumidores.

Paralelamente àquele panorama traçado acerca dos direitos fundamentais, um estudo aprofundando sobre o empresário, a partir de seu fenômeno jurídico e econômico, revela a íntima ligação empresário-lucro.

Tal estudo, quando compreendido à luz de toda técnica dos direitos fundamentais, permite assimilar o direito ao lucro como um direito fundamental do empresário, vez que essencial a sua própria existência.

Neste sentido, por sua seara unicamente jurídica, o empresário aparece como sujeito – pessoa física ou jurídica - que desenvolve atividade econômica lícita, de forma profissional e organizada, para a circulação de bens e serviços em mercados, e que é esta atividade que denomina-se empresa. Além disso, e mais importante, verifica-se a essencialidade do lucro à própria existência do empresário, inclusive, tendo em vista sua função social. Isto, porque detecta-se que a única forma do empresário gerar riquezas à sociedade, portanto, cumprir sua função social, é quando auferir lucro.

Se pelo lado jurídico a empresa aparece como a atividade desenvolvida pelo empresário, à luz da economia, a empresa aparece como firma que, pela Teoria da Firma desenvolvida por Ronald Coase, é aquilo que proporciona a redução dos custos de transação. Em outras palavras, a par desta teoria, as empresas – firmas – revelam-se como um feixe de contratos estrategicamente organizados e arquitetados por seu coordenador, que é o empresário. Estas firmas têm como objetivo primordial obterem uma maior receita, a partir de um mínimo dispêndio, o que é favorecido, justamente, porque elas aparecem como mecanismo proporcionador da redução dos custos de transação. Afinal, o que se percebe é que o objetivo das firmas é, justamente, o lucro!

Assim, também a partir da análise econômica do empresário, o que se nota é sua finalidade lucrativa e a essência do papel do lucro à sua permanência. Indo além, na ausência do lucro, a tendência é o desaparecimento das firmas, o que, conseqüentemente, provocará prejuízos catastróficos aos mercados e à própria economia, envolvendo todos os seus agentes.

Após traçado o paralelo entre os direitos fundamentais e detectado o lucro à essência da vida do empresário, verifica-se a possibilidade de se enquadrar o direito ao lucro pelo empresário como um direito fundamental, à luz do ordenamento jurídico pátrio.

Assim, uma interpretação sistemática e teleológica faz-se presente, tendo como nortes os fundamentos do Estado Democrático de Direito de um lado, o modelo econômico capitalista de outro lado, e os princípios do ordenamento constitucional econômico, como pontes de ligação entre eles.

O que se pode perceber, portanto, a par de toda esta pesquisa, é que o direito ao lucro pelo empresário expressa-se, sim, como um direito fundamental.

Primeiramente, porque os direitos fundamentais não necessitam estar expressos no texto constitucional, revelando-se, somente, como direitos fundamentais materiais. Isto, desde que traga em seu conteúdo o alicerce do Estado Democrático de Direito. Em segundo lugar, porque, a partir da detecção da essencialidade do lucro à existência do empresário, verifica-se que somente elevando este direito à esfera da fundamentalidade é possível concretizar o Estado constitucional brasileiro. Afinal, somente garantindo ao empresário este direito e, inclusive, atuando o Estado no sentido de efetivar esta proteção é que será possível concretizar os fundamentos da livre iniciativa e dos valores sociais do trabalho – fundamentos do Estado Democrático de Direito – interligados pelos princípios da ordem econômica, assentes num Estado capitalista.

Além disso, resta clara a possibilidade do empresário e das empresas – firmas – titularizarem tais direitos, tendo em vista, sobretudo, sua importância e necessidade ao desenvolvimento econômico do país e à concretude de seus fundamentos.

Por fim, verificada a fundamentalidade do direito ao lucro pelo empresário, apesar deste, inicialmente, não ser o intuito deste trabalho, uma breve análise acerca de sua aplicabilidade surge como imperiosa.

Assim, a partir de sua definição como um direito fundamental e dele, no mais das vezes, expressar-se como um princípio, o critério de sopesamento balizado na máxima da ponderação poderia emergir como suficiente à solução de litígios envolvendo empresários.

Contudo, no intuito de tecer uma verificação mais concreta, embasada não exclusivamente em critérios subjetivos, mas aclarada de forma prática e efetiva, é que se conclui o estudo a partir da análise econômica do direito utilizando-se, especificamente, a Teoria dos Jogos.

Neste sentido, constata-se, inicialmente, que todos os direitos implicam em custos, quando se analisa a teoria desenvolvida por Cass Sustein e Stephen Holmes. Em outras palavras, embora os direitos fundamentais possam se agrupar em direitos positivos e negativos, de modo que aqueles implicam um dever prestacional do Estado e estes não; todos eles implicam em custos. No mínimo nos custos para manter e atualizar o aparato normativo garantidor, bem como estabelecer e assegurar os remédios necessários a sua manutenção.

Diante disso, quando o Estado encontra-se diante de *trades-offs* ele é levado a fazer escolhas, vez que impossível o cumprimento de todos os direitos, já que todos

eles implicam em custos e as condições para supri-los apresentam-se em estado de escassez.

Assim, partindo-se da Teoria dos Jogos, é possível compreender o agir estatal diante de duas condutas possíveis pelo Estado: tributar os empresários ao máximo no intuito de encontrar recursos para custear os direitos ou tributá-los racionalmente permitindo-lhes desenvolver-se e manter-se nos mercados, contribuindo para o bom funcionamento da ordem econômica e social.

Certamente, a segunda conduta revela-se como a única racional; como a melhor escolha, garantindo o exercício da atividade empresarial de forma a contribuir para o desenvolvimento do próprio Estado.

E é neste sentido que a compreensão do direito ao lucro pelo empresário como um direito fundamental torna-se essencial. Pois compreendido desta forma, o Estado estará impedido de agir de modo a ultrapassar este núcleo intangível que se forma em torno do empresário, sendo compelido, portanto, a fazer, sempre aquela melhor escolha, assegurando e garantido o seu direito ao lucro.

O mesmo raciocínio pode ser desenvolvido quando se tem em mira a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, levando-se em consideração as escolhas dos sujeitos nos litígios envolvendo empresários e trabalhadores, consumidores ou concorrentes. Isto, porque as melhores escolhas envolvem a proteção do direito ao lucro pelo empresário, para evitar ou minimizar o repasse de custos aos indivíduos que com eles interagem.

É neste momento que se retoma aquilo que fora apresentado nas linhas introdutórias deste trabalho.

Neste sentido, embora as exigências de uma atuação empresarial voraz e de uma agir prestacional pelo empresário passam revelar-se como caminhos antagônicos, eles ganham contorno harmônico quando se compreende o lucro como um direito fundamental do empresário.

Isto, porque sua elevação à esfera da fundamentalidade é o único caminho a provocar as escolhas racionais do Estado e, conseqüentemente, a concretude do Estado Democrático de Direito. Assim, cumprindo-se seus fundamentos da livre iniciativa e valores sociais do trabalho, assegurando a realização, pelo menos economicamente, da dignidade da pessoa humana, à luz de toda base principiológica do ordenamento econômico constitucional, sobretudo sua função social.

É por tudo isto que não resta dúvidas em se afirmar que o direito ao lucro é, sim, um direito fundamental do empresário!

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes*. In TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; p.95-115.

ARNAUD, André Jean. Direito Subjetivo. *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Tópicos Sobre Direito, p. 249.

ASCARELLI, Tullio. *O Desenvolvimento Histórico do Direito Comercial e o Significado da Unificação do Direito Privado*. Revista de Direito Mercantil, nº 114, p. 248 - 269.

ASCARELLI, Túlio. *Iniciação ao Estudo do Direito Mercantil*. São Paulo: Minelli, 2007.

ÁVILA, Humberto Bergman. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista Diálogo Jurídico. Ano I, vol 1, nº 4, julho de 2001, Salvador – BA. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf. Acesso em: 15 de janeiro de 2011.

BARROSO, Lucas Abreu e SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Os princípios informadores do novo Código Civil e os princípios constitucionais fundamentais: lineamentos de um conflito hermenêutico no ordenamento jurídico brasileiro*. In: VILLAÇA, Leonardo Ferreira (coord.) *A empresa na atualidade: apontamentos jurídico obrigacionais*. Belo Horizonte: Educação e Cultura, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro* : (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In Revista de Direito Administrativo, nº225, julho, agosto e setembro de 2001; p. 5-37.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. Rio de Janeiro :Renovar, 2003.

BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. Rio de Janeiro : Forense, 1991.

BOTREL, Sérgio. *Direito Societário Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO, Cristiano. *Princípios e Consequências: a teoria da escolha racional como critério de ponderação: Introdução ao problema*. Disponível em: http://www.iders.org/textos/Principios_e_Consequencias.pdf. Acesso em: 22 de setembro de 2010.

BRASIL. *Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. *Constituição (1988)*. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404compilada.htm> Acesso em: 25 outubro 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 11 de outubro de 2005. Acórdão publicado no DJ de 27 de outubro de 2006.

BRUNETTI, Antonio. *Trattato del diritto delle società*. 2.ed. Milano: Dott A. Giuffré, 1948. v.1.

BULGARELLI, Waldírio. *Estudos e pareceres de direito empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FILHO, Oscar Barreto. *Teoria do estabelecimento comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1969.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2005.

CATEB, Alexandre Bueno. *Análise Econômica da Lei de Sociedades Anônimas*. . In TIMM, Luciano Benetti. *Direito & Economia*. Revista dos Advogados, Porto Alegre, 2009.

CATEB, Alexandre Bueno e OLIVEIRA, Fabrício de Souza. *Breves Anotações Sobre a Função Social da Empresa*. Disponível em: <http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/050107-4>. Acesso em: 03 de abril de 2009.

CAVALLI, Cássio Machado. *Reflexões sobre empresa e economia: o conteúdo jurídico da empresa sob uma análise econômica do direito*. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, v. 44, nº 138, p. 250-256, 2005.

COASE, Ronald H.. *"The Nature of the Firm"*: Disponível em: <http://www.sonoma.edu/users/e/eyler/426/coase1.pdf>. Acesso em 01 de dezembro de 2009.

COASE, Ronald. H.. *The Problem of Social Cost*. O problema do custom social. Tradutores: Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. Disponível em <http://services.bepress.com/lacjls/vol3/iss1/art9>. Acesso em 09 de novembro de 2009.

COASE, Ronald, *The Firm, the market and the law*. The University of Chicago Press. Chicago and London. 1992.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, vol 1*. São Paulo, Saraiva, 2008.

CORDEIRO, António Menezes. *Defesa da Concorrência e Direitos Fundamentais das Empresas*. In ALBUQUERQUE, Ruy e CORDEIRO, António Menezes. Coimbra: Almedina, 2005; (p. 121 a 157).

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo III, Pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Unificação do direito privado e direito empresarial*. Roteiro de Palestre efetuada em aula inaugural do Curso de Direito Societário na Escola de Advocacia da OAB/MG.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, n. 8; Direito de Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARAH, Eduardo Teixeira. *A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social*. In: MARTINS-COSTA, Judith (coord.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

FARIA, Miguel José, *Direitos Fundamentais e Direitos do Homem*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, vol. I, 2001.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2005.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da e BARTHOLO, Bruno Paiva. *Função Social da Empresa*. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Função Social do Direito Civil*. Atlas. São Paulo. 2008, p. 92-123.

GONTIJO, Vinícius José Marques. *O empresário no Código Civil brasileiro*. Revista Jurídica do Tribunal de Alçadas de Minas Gerais, nº 94.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Os direitos fundamentais atípicos*. Lisboa, Aequitas e Editora de Notícias, 1995.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.

HOLMES, Stephen and SUSTEINS, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes?* New York: W. W. Norton & Co, 1999.

IMMORDINO, Giovanni and PAGANO, Marco. *The Cost of Rights: an Economic Analysis*. Disponível em http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2004_n4/mono_Immordino-Pagano.pdf
Acesso em: 15 de dezembro de 2010.

LEISINGER, Klaus M. e SCHIMITT, Karin. *Ética empresarial: responsabilidade global e gerenciamento moderno*; Tradução de Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Constituição Brasileira Interpretada*. São Paulo. Manole, 2007.

MALARD, Neide Teresinha. *A liberdade de iniciativa e a livre concorrência: as questões jurídicas do poder econômico*. Disponível em: http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos_upload/Neide%20Teresinha%20Malar d.pdf Acesso em: 10 de janeiro de 2011.

MARCONDES, Sylvio. *Questões de direito mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1971.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil, 6º v. Tomo I*. São Paulo. Saraiva, 1990.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Conheça a constituição.vol 1*. São Paulo. Manole, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados*. Revista Jurídica Virtual. Brasília, vol.2, nº 13, junho/1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm. Acesso em 10 de outubro de 2010.

MENDES, Judas Tadeu Grassi. *Economia: fundamentos e aplicações*. São Paulo, Pearce Prentice Hall, 2009.

MENDONÇA, J.X.Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro, vol. 4*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais - Coleção Temas Jurídicos, v.3*. São Paulo: Atlas, 1997.

NUNES, Anelise Coelho. *Titularidade dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Curso de Direito Civil. Parte Geral. Vol. 1*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PIMENTA, Eduardo Goulart. *Exclusão e Retirada de Sócios*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PINDYCK, R.S. e RUBINFELD, D.L *Microeconomia*. São Paulo: Pearson/Prentice Hall, 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: ELSEVIER, 2005.

PINHO, Diva Benevides e VASCONCELOS, Marco Antônio Sandoval (organizadores), *Manual de Economia*. São Paulo: Saraiva, 2003.

PITA, Manuel Antônio. *O direito aos lucros*. Coimbra: Almedina, 1989.

REALE, Miguel; *Variações Sobre Ética e Moral*. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/veticam.htm> Acesso em 10 de janeiro de 2011.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, vol 1. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROCHA, Magno Matheus. *O Lucro*. São Paulo: Scortecci, 2003.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em direito e economia?* Cadernos Direito GV, Fundação Getúlio Vargas, 2008.

SALDANHA, Nelson. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro, Lumen Iures, 2004.

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. *Os princípios na tributação da empresa*. In *A Empresa no Terceiro Milênio: Aspectos Jurídicos*. WALD, Arnold e FONSECA, Rodrigo Garcia (coords.). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

SZTAJN, Rachel. *Notas sobre o conceito de empresário e empresa no código civil brasileiro*. Revista de Direito Privado, n. 25, p. 233-249, jan./mar. 2006.

SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo: Atlas, 2004.

TIMM, Luciano B. e MACHADO, Rafael B., *Direito, Mercado e Função Social*. Disponível em http://www.viadesignlabs.com/lawandconomics/Direito_Mercado_Funcao_Social.pdf Acesso em 09 de agosto de 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 239-335.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TORRES, Ricardo Lobo. *O orçamento na constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial, vol 1*. São Paulo: Malheiros, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos 'novos' direitos*. In: LEITE, José Rubens Morato; WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Os "novos" direitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1-30.

ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Raquel. *Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: ELSEVIER, 2005.

