

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA – UNICURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EMPRESARIAL E CIDADANIA**

FLÁVIO AUGUSTO DE OLIVEIRA SANTOS

**A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO LIMITE AO DEVER-PODER
SANCIONADOR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**CURITIBA
2017**

FLÁVIO AUGUSTO DE OLIVEIRA SANTOS

**A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO LIMITE AO DEVER-PODER
SANCIONADOR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em direito.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Ferreira

**CURITIBA
2017**

FLÁVIO AUGUSTO DE OLIVEIRA SANTOS

**A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO LIMITE AO DEVER PODER
SANCIONADOR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Orientador:

Prof. Dr. Daniel Ferreira

Membro interno:

Prof. Dr. Clayton Reis

Membro externo

Prof. Dr. Emerson Gabardo

Curitiba, 07 de Julho de 2017.

A todos os que fazem parte da minha caminhada.

Mas, em especial, aos que estão mais perto:

Veronica, minha esposa, amiga e companheira.

E aos nossos fieis cães escudeiros,

Teodoro e Shrek.

AGRADECIMENTOS

Durante os dois anos que precederam a entrega deste trabalho pude contar com a paciência e com o apoio de meus pais. Sônia e Jorge, obrigado, como sempre.

Daniel Ferreira, orientador, amigo e professor para a vida. Espero, um dia, poder retribuir.

Veronica Calado, caminhamos juntos da primeira aula ao último dia do prazo para a defesa da dissertação. Sem você teria sido impossível, sem você não teria motivo. Por me inspirar, por ser minha alegria, minha família, minha alma gêmea, os mais especiais e sinceros agradecimentos.

RESUMO

A atividade empresarial é de fundamental importância para o atingimento de valores positivados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Não há como alcançar de maneira ótima a valorização do trabalho humano, o pleno emprego, a garantia de salário justo, o desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades sem a participação dos agentes privados. Para a empresa que cumpre este papel, que atende os ditames constitucionais que compõem o princípio da função social da empresa, é necessária uma especial proteção – não aos interesses individuais do empresário, mas aos da coletividade - visando, justamente, a manutenção de suas atividades. Trata-se de uma dimensão protetiva do princípio, que se manifesta, por exemplo, na Lei de Recuperação de Empresas (Lei 11.101/2005). Por outro lado, o Estado, no exercício de seu papel regulador, deve prescrever comportamentos com a finalidade de atender interesses coletivos, fiscalizar o cumprimento e, se for o caso, aplicar a devida sanção quando verificado o comportamento contrário ao prescrito. Neste contexto, questiona-se se é possível - e em que medida - que o princípio da função social da empresa funcione como um limite ao dever poder sancionador da Administração Pública. Evitando, assim, que a sanção administrativa extrapole suas finalidades – prevenção do ilícito e recomposição da ordem jurídica violada – e acabe por ferir de morte a empresa. O que pode resultar em significativos impactos negativos de caráter socioeconômico. Buscou-se a resposta no princípio da legalidade, na finalidade das sanções administrativas, na necessária razoabilidade e proporcionalidade da atuação estatal e na nova tendência de consensualidade que aparece, por exemplo, na Lei Anticorrupção e no âmbito dos processos administrativos do CADE, do BACEN e da CVM, que vêm servindo como ferramentas para enfrentamento da crescente complexidade da sociedade capitalista contemporânea. A metodologia adotada foi a leitura analítico-crítica da doutrina.

Palavras Chave: Função social da empresa; Intervenção do Estado no domínio econômico; sanções administrativas; princípio da legalidade, consensualidade na Administração Pública.

ABSTRACT

Business activity is fundamental for the realization of many important values and principles prescribed by the Federal Republic of Brazil's 1988 Constitution. There is no hope on achieving the valorization of human labor, plenary employment, the guarantee of a just salary, the national development and the reduction of the inequality without the cooperation of the private companies. For the company the fulfils this role, that meets the requirements, imposed by the Constitution, which compose the business social function principle, it is necessary a special protection – not of the individual interests of the owner, rather instead of the interests of the society – aiming precisely at the maintenance of the business activity. It is a protective aspect of this principle (social function) that manifests itself at the Business Recovery Act (Law 11.101/2005) for example. On the other side, the State, exercising its regulatory role, must prescribe the due behaviors, – aiming the satisfaction of the collective goodness – police the conformation to what is prescribed and, if necessary, apply the adequate sanction to unwished behaviors. In this context its inquired if it is possible – and in what measure – that the social function principle works as a limit to the sanctioner power of the Public Administration. Avoiding, thus, the extrapolation of the administrative sanction's function – general prevention and recomposition of the violated juridical order – what could end up fatally harming companies. This could result in undesirable social and economic effects. The answer was searched in the legality principle, in the finality of the administrative sanctions, at the necessary reasonableness and proportionality of the governmental activity and also in the new consensuality tendency disclosed, for example, in the Anti-corruption law, and at the administrative process scope of the CADE, BACEN and CVM, all tools that are serving in the coping process of the crescent complexity of the contemporary capitalist society. The adopted methodology was the analytical critical reading of the doctrine.

Key Words: Business social function; State intervention in the economical domain; administrative sanctions, legality principle, consensuality in the Public Administration.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA	12
2.1 NOÇÕES PRELIMINARES	12
2.2 UM BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL.....	13
2.3 A PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.....	19
2.4 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PÚBLICA	25
2.5 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA	27
2.6 FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO ESTADO SOCIAL BRASILEIRO	32
2.7 FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E A NECESSIDADE DE SUA PRESERVAÇÃO SEMPRE QUE POSSÍVEL: REFLEXO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL NA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA	37
2.8 CONSIDERAÇÕES FINAIS PARCIAIS.....	41
3 DEVER PODER SANCIONADOR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO EXPRESSÃO DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO	43
3.1 NOÇÕES PRELIMINARES	43
3.2 MODALIDADES DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO	50
3.3 PODER DE POLÍCIA.....	54
3.4 SANÇÃO JURÍDICA E SANÇÃO ADMINISTRATIVA	59
3.5 ESPÉCIES DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA	69
3.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS PARCIAIS.....	72
4 LIMITES AO DEVER PODER SANCIONADOR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	75
4.1 NOÇÕES PRELIMINARES	75
4.2 DEVER-PODER SANCIONADOR COMO ATIVIDADE VINCULADA E A FINALIDADE DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA (EM GERAL) COMO EXPRESSÃO DE INTERESSE PÚBLICO	81
4.3 A FINALIDADE DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA (EM GERAL)	86
4.3 NECESSÁRIA ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, DA PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS	91
4.5 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONSENSUALIDADE	95
4.6 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO LIMITE AO DEVER-PODER SANCIONADOR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	99
4.7 CONSIDERAÇÕES FINAIS PARCIAIS.....	107
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	110
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	113

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) prevê, em seu artigo 170, os princípios conformadores da ordem econômica. São eles: (I) a soberania nacional; (II) propriedade privada; (III) função social da propriedade; (IV) livre concorrência; (V) defesa do consumidor; (VI) defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (VII) redução das desigualdades regionais e sociais; (VIII) busca do pleno emprego e (IX) tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Somados a estes princípios, a CRFB/88 garante também a livre iniciativa, permitindo a desenvolvimento de qualquer atividade econômica exceto aquelas expressamente proibidas por lei (artigo 170, parágrafo 1º).

Se, por um lado, a proteção da propriedade privada, da livre concorrência e da livre iniciativa permite que qualquer um explore a propriedade dos meios de produção visando o lucro. Por outro, os demais princípios parecem traçar limites na persecução de resultados financeiros e dar uma finalidade coletiva a esta propriedade privada protegida.

A função social da propriedade é um conceito que nasce fruto das críticas ao caráter absoluto do direito de propriedade que marcou o Estado liberal – impõe ao proprietário um ônus de exercer suas atividades de forma a alcançar não só seus objetivos particulares, mas também aqueles de interesse coletivo.

Embora abranja todas as espécies de propriedade, no que tange a ordem econômica, o princípio produz seus efeitos de forma mais sensível sobre a propriedade dos meios de produção (princípio da função social da empresa). É na atividade empresarial que o ônus sustentado pelo proprietário ganha nítidos contornos no que diz respeito aos objetivos sociais impostos à ordem econômica.

Mais uma vez analisando os princípios do artigo 170 da CRFB/88, é justamente a função social da propriedade que determina o direcionamento da exploração dos meios de produção para a busca do pleno emprego a valorização do trabalho humano, por exemplo.

Mas se a atividade é onerada com um dever de persecução de interesses coletivos, então, também em nome dos interesses coletivos, deve ser protegida. Não se trata de uma preocupação com o empresário, mas sim com os empregos gerados, com a renda dos empregados, com os tributos, com as relações de mercado - credores, fornecedores e prestadores de serviço - em suma, todos os que orbitam a atividade empresária.

Este mercado de infinitas relação é – visando sua conformação aos objetivos presentes na CRFB/88- objeto de regulação por parte do Estado, que, em sua atividade de Poder de Polícia, prescreve comportamentos, fiscaliza-os e, eventualmente, quando verifica atuação em descompasso com o prescrito, sanciona os agentes responsáveis (em conformidade com a lei).

Justamente neste ponto está a pergunta que orienta as investigações que serão expostas a seguir. Seria possível afirmar que, em alguma medida, o princípio da função social da empresa age como um limite para o exercício do dever poder sancionador da Administração Pública?

Visando responder este questionamento, adotando como metodologia de leitura analítico-crítica da doutrina acerca do tema, explorar-se-á, inicialmente, o conceito de função social da propriedade - e por consequência da empresa - e seu caráter protetivo (especialmente por meio do princípio da manutenção da empresa).

Em seguida, de forma dedutiva, o esforço será no sentido de compreender de que maneira se dá a intervenção estatal no domínio econômico e quais as modalidades utilizadas para tão fim. Dentre estas modalidades, destacar-se-á o Poder de Polícia e a sanção administrativa como sua expressão.

A investigação concentrar-se-á, também, na vinculação do dever-poder sancionador administrativo ao princípio da legalidade, sem contornos, alcance e compreensão contemporânea. Sobre a exigência de observação da finalidade das sanções no ato de suas aplicações e da imperativa observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e, ainda, sobre o novo panorama que a consensualidade – um modelo já consolidado em países como Itália e Espanha – afeta as relações entre Administração Pública e administrados, inclusive no que diz respeito às novas alternativas legais para a sanção.

Ao final, espera-se que o panorama doutrinário e legislativo traçado seja capaz de fundamentar uma resposta ao problema de pesquisa. Que se justifica,

ainda mais, pelo forte cenário de crise econômica, política e institucional, vivido pelo Brasil nos últimos anos.

A superação deste momento histórico parece exigir a realização do ideal de solidariedade e justiça que permeia toda a CRFB/88 e clama por aderência, tanto dos particulares, quando do Poder Público. Sem o Estado, a história mostra que a (auto)regulação de mercado tende a produzir severas desigualdades mas, por outro lado, sem uma iniciativa privada forte, fomentada, aquecida, não há emprego, não há garantia de renda, previdência, desenvolvimento e, por conseguinte, a realização, em grau, máximo, da dignidade da pessoa humana.

2 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

2.1 NOÇÕES PRELIMINARES

Por empresa, compreende-se a atividade econômica gerida pela figura do empresário com habitualidade, se utilizando de um estabelecimento, visando à criação e circulação de riquezas, com o intuito de obter lucro¹. A importância dessa atividade para a realização de uma série de princípios previstos na CRFB/88, - em seus objetivos previstos (artigo 3º), em seus direitos fundamentais sociais (artigo 6º) e em seus preceitos de ordem econômica, (artigo 170) - exige que, para além do lucro, outras finalidades sejam observadas.

Não por outra razão, a CRFB/88 traz em seu artigo 5º, inciso XXIII e também em seu artigo 170, inciso III, a previsão expressa de que a propriedade atenderá sua função social, de onde decorre, naturalmente, a função social da empresa².

Para a compreensão deste tema dois pontos devem ser destacados: a) aqui se está a tratar da função social da propriedade privada ou da empresa privada³, b) a função social da propriedade alcança a empresa na medida em que trata de todas as propriedades, inclusive aquelas dos meios de produção, da tecnologia, marcas, patentes, propriedade mobiliária e imobiliária, industrial, artística, científica, ou qualquer outra necessária para o desenvolvimento da atividade empresária⁴.

Assim sendo, este capítulo foi estruturado visando apresentar um panorama histórico do tema, especialmente sobre a construção do direito de propriedade a partir do século XVIII, e da contraposição de uma finalidade coletiva desta

¹ FERREIRA, Leandro Taques; TEIXEIRA, Tarcísio, *Função social da empresa: conceito e aplicação*, in: **Revista de Direito Empresarial**, Vol 15/2016, Mai/Jun 2016, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 19-39.

² Ibid, p. 19-39.

³ Adotou-se, na presente dissertação, a premissa de que a propriedade estatal já está empregada no exercício de uma função pública e uma eventual menção à função social da propriedade coletiva aparentemente se “consubstanciaria em pleonasma” Conforme o entendimento de Eros Roberto Grau (GRAU, 2008, p. 233). Não obstante isso, o tema da função social da propriedade pública gera debates na doutrina, especialmente no que diz respeito à aplicação do princípio em comento nos moldes aplicados à propriedade privada, ou ainda, de forma a ampliar a pré-existente função social de um bem público. O assunto será tratado em tópico apartado.

⁴ BARACAT, Eduardo Milleo; CALADO, Veronica, *A função social da empresa e as cotas para os trabalhadores com deficiência*, in: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de, **Direitos humanos dos trabalhadores**, São Paulo, Ltr, 2016, p. 172.

propriedade, crítica que ganha importância com os anseios socialistas de meados do século XIX e, principalmente, com as constituições sociais do início do século XX.

Finalizado o panorama histórico que inclui, mesmo que brevemente, a evolução dos conceitos - direito de propriedade e sua função social - no constitucionalismo brasileiro, explorar-se-á o tratamento da CRFB/88, na qual “o direito de propriedade caracteriza-se pelo complexo de poderes e deveres que recaem sobre seu titular. Os poderes correspondendo à prerrogativas do proprietário de usar, gozar e dispor de seus bens. Os deveres relacionando-se fundamentalmente com sua função social”⁵.

Em seguida, dar-se-á atenção ao tema central, a função social da empresa, e o panorama doutrinário atual, para que seja possível compreender a importância da atividade empresária na realização de princípios e valores constitucionais. Importância esta que será destacada mediante o exame de dispositivos legais acerca da manutenção da empresa.

2.2 UM BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Na antiguidade clássica era possível identificar em Aristóteles a ideia de dar uma finalidade ou destinação aos bens, o que se manteve durante a Idade Média conforme se observa na filosofia de São Tomás de Aquino⁶. Contudo a evolução histórica do direito de propriedade e do reconhecimento de função social ganhou maior importância somente entre os séculos XVIII e XX, por forte influência da noção liberal do direito à propriedade e seu contraponto socialista, que se fortaleceu a partir do final do século XIX.

A propriedade como concebida por pensadores liberais foi a ideia que predominou durante os séculos XVIII e XIX, tendo sido positivada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 - fruto da revolução francesa - bem como, na Constituição Americana de 1787, mais especificamente na quinta das dez

⁵ Ibid, p 172.

⁶ MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed.. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p.49.

primeiras emendas ratificadas em 1791, conhecidas como “Bill of Rights”⁷. John Locke, um dos principais expoentes deste pensamento reconhecia no trabalho que retira do estado comum um bem que se encontrava na natureza a medida da propriedade sobre⁸.

O documento francês apresentava como pilares o direito à liberdade, à igualdade e à inviolabilidade da propriedade, além do direito de resistir à opressão. A inviolabilidade de propriedade foi ratificada poucos anos mais tarde, em 1803, por Napoleão Bonaparte, em seu Código Civil, que anunciava que a propriedade é o direito de usar e dispor das coisas de maneira absoluta, desde que não seja contrária às leis e aos regramentos⁹. Assegurando, assim, ao proprietário do início do século XIX na França, “a mais ilimitada liberdade dentro dos parâmetros legais vigentes à época.”¹⁰

É somente por volta de 1848, meados do século XIX, que Karl Marx e Friedrich Engels formulam críticas contundentes ao caráter absoluto da propriedade, especialmente da propriedade dos meios de produção. Os autores destacavam o potencial nocivo desta noção, tanto para o bem estar do homem quanto para o desenvolvimento social. Além disso afirmavam a necessidade do reconhecimento de caráter social à propriedade dos bens de produção, derivado da exigência de esforço comum de todos os membros da sociedade para o funcionamento do modo de produção capitalista¹¹.

Crítica semelhante, embora não tão contundente, foi elaborada pouco tempo depois por Augusto Comte, que utilizou pela primeira vez o termo função social da propriedade, em 1851, em sua Teoria Positivista. O autor condenou exageros capitalistas e utopias socialistas afirmando que “o positivismo está duplamente empenhado em sistematizar o princípio da função social”¹², na medida em que trata da natureza social da propriedade bem como da necessidade de regulá-la.

⁷ ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de, *A evolução do direito de propriedade ao longo dos textos constitucionais*, in: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, V 103, p. 781-791 Jan/Dez 2008, p. 785.

⁸ LOCKE, John, **Carta acerca da intolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano**; Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro, 2ª ED, São Paulo, Abril Cultural, 1978, p. 46.

⁹ COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira, **A Constitucionalização do Direito de Propriedade Privada**, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2003, p. 31.

¹⁰ Ibid. p.31.

¹¹ Ibid. p. 31.

¹² COMTE, A. **Teorias Positivistas**: Coleção os Pensadores, São Paulo, Nova Cultural, 1989, p. 199.

Também Pierre-Joseph Proudhon teorizou sobre a propriedade como uma função social e econômica, ou ainda, como uma propriedade cuja utilização encontrava-se submetida às exigências do bem comum¹³.

Por sua vez, no início do século XX Leon Duguit, influenciado pelas novas formulações sobre a propriedade e suas finalidades coletivas, defendeu em Conferência proferida em Buenos Aires, no ano de 1911, que a propriedade individual somente poderia existir na medida do interesse social¹⁴. Também defendeu, que os bens de produção, posto que dotados de uma função social, deveriam ser destinados ao aumento da riqueza nacional. Por último, sugeriu a substituição de uma ideia de direito subjetivo de propriedade por uma propriedade função¹⁵.

Portanto, até o início do século XX é possível perceber, pelo menos três momentos distintos de tratamento da questão, quais sejam: a) o da construção do direito de propriedade como fruto natural do trabalho, defendido por John Locke, de contornos absolutos, sujeitando o proprietário somente a abster-se de contrariar a lei; b) o segundo momento relevante é o de forte oposição à propriedade privada e dotada de caráter absoluto, marcado pelas críticas de cunho socialista e, por fim, c) o terceiro momento consagra uma revolução silenciosa, a do Estado social, que reconhece na função social a legitimação da propriedade privada.

Neste sentido, Paulo Bonavides destaca que (do século XVIII ao XX) para além da revolução da liberdade (Francesa) e da revolução da igualdade (Russa), o mundo viveu também outras duas: “uma é a revolução da fraternidade, tendo por objeto o Homem concreto, a ambiência planetária, o sistema ecológico, a pátria-universo. A outra é a revolução do Estado social em sua fase mais recente de concretização constitucional, tanto da liberdade quanto da igualdade”¹⁶.

Considerando que as revoluções Francesa e Americana foram tentativas de efetivação do Estado liberal, e que a revolução Russa foi tentativa de efetivação do Estado socialista, a revolução do Estado social visa a concreção “(...) dos direitos fundamentais”¹⁷.

¹³ COSTA, 2003, p. 34-35.

¹⁴ Ibid., p. 38.

¹⁵ STEFANIAK, Jeaneth Nunes, **Propriedade e função social**: perspectivas do ordenamento jurídico e do MST, Ponta Grossa, Editora UEPG, 2003, p. 69.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**, 11 ED, São Paulo, Editora Malheiros, 2014, p. 30.

¹⁷ Ibid., p. 30.

Assim, especialmente a partir do início do século XX, que tem como marca a superação do Estado liberal clássico que pautou o século XIX¹⁸, as mudanças fruto das diversas ideologias que pautaram as revoluções identificadas acima refletiram na positivação de um novo tratamento para o direito de propriedade. Foram relevantes neste contexto a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, as quais previam que a propriedade deve, também, servir ao bem estar social¹⁹.

A função social da propriedade também está presente na Lei Fundamental Alemã de 1949 que, no artigo 14, prevê ainda a garantia do direito de propriedade e sucessão, ou seja, embora agora encontre limites, o direito de propriedade continua solidamente abarcado por uma das mais importantes constituições ocidentais.

A Constituição Portuguesa de 1976, de viés originalmente socialista, embora garanta o direito de propriedade, o faz na condição um direito econômico, social e cultural (conforme artigo 62, inserido no Título III) e não na condição de um direito de liberdade (Tratados no Título II)²⁰.

Na doutrina social da Igreja Católica Apostólica Romana, o tema direito a propriedade foi tratado inicialmente na Encíclica *Rerum Novarum*, editada pelo Papa Leão XIII e intitulada “sobre a condição dos operários”²¹. O texto em comento já alertava para os problemas inerentes à questão, posto que “é difícil, efetivamente, precisar com exatidão os direitos e os deveres que devem ao mesmo tempo reger a riqueza e o proletariado, o capital e o trabalho”²².

No sentido de esclarecer e solucionar o problema, o documento sugere que a propriedade é direito natural dos homens devendo ser protegida. No entanto, o uso das riquezas deve levar em conta que “o homem não deve ter as coisas exteriores por particulares, mas sim por comuns (...)”²³, ou seja, muito embora o documento supramencionado não faça uso da expressão ‘função social da propriedade’, é

¹⁸ BONAVIDES, 2014, p. 34.

¹⁹ ASSIS, 2008, p. 785.

²⁰ Ibid., p. 785.

²¹ GUNTHER, Luiz Eduardo; SANTOS, Willian Franklin dos, *A encíclica Rerum Novarum e o princípio da subsidiariedade*, in: GUNTHER, Luiz Eduardo; VILLATORE, Marco Antônio César (Coords.) **Rerum Novarum**: estudos em homenagem aos 120 anos da Encíclica Papal, Curitiba, Juruá, 2011, p. 182.

²² PAPA LEÃO XIII, **Rerum Novarum**: Carta encíclica de sua santidade o Papa Leão XIII sobre a condição dos operários, 10 Ed, São Paulo, Paulinas, 1997.

²³ Ibid.

possível perceber uma preocupação com a destinação do que vai além do suprimento “das necessidades e do decoro”²⁴ do proprietário.

No quadragésimo aniversário da Encíclica *Rerum Novarum*, o Papa Pio XI editou a Encíclica denominada *Quadragesimo Anno*. Esta abordou os mesmos temas do documento que celebrava, avaliando suas colocações e enfrentando as críticas que surgiram nas quatro décadas posteriores à sua. No, a Igreja reafirmou a diferença entre o direito de propriedade e o uso da propriedade, sendo que o “o homem deve atender não só ao próprio interesse, mas também ao bem comum e isso deduz da própria índole, a um tempo individual e social, do domínio, a que nos referimos”²⁵.

Já durante o pontificado do Papa João XXIII a ideia de uma função social da propriedade passou a ser defendida de forma mais contundente, inclusive com o uso do termo. As encíclicas *Mater et Magistra* de 1961 e *Pacem in Terris* de 1963 disponham explicitamente que o direito de propriedade se situava no contexto da observância de uma função de caráter social²⁶.

No Brasil, as Constituições de 1824 e 1891, sob forte influência do pensamento liberal, trataram o direito à propriedade de forma praticamente absoluta. Exemplo disso é a redação do artigo 179 da CF/1824 que trata da inviolabilidade dos direitos civis, tendo por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, prevendo, a garantia do direito à propriedade em toda a sua plenitude no inciso XXII²⁷.

Muito embora seja possível identificar uma mudança neste tratamento liberal do direito à propriedade em leis infraconstitucionais - como a Lei da Terra de 1850 e o Código de Civil de 1916 –, foi a partir da Constituição Federal de 1934 que a influência do Estado social contida nas constituições Mexicana e de Weimar pode ser observada. No documento destaca-se a expressa previsão de que o direito à propriedade, embora garantido a todos os brasileiros, não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo²⁸.

²⁴ Ibid.

²⁵ PAPA PIO XI, **Encíclica Quadragesimo Anno**, disponível em https://w2.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html Acessado em 01 de maio de 2017.

²⁶ COSTA, 2003, p. 36-37.

²⁷ ASSIS, 2008, p. 786.

²⁸ Ibid, p.786

No ano de 1946, as inovações promovidas pela chamada Constituição Social se mostraram mais intensas, especialmente pela previsão da possibilidade de desapropriação por interesse social do artigo 141 e pela previsão do artigo 147, que determina que: “o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social (...)”²⁹.

Finalmente, a Constituição Federal de 1967, com as mudanças feitas pela Emenda Constitucional de 1969, embora garantindo o direito à propriedade em seu artigo 153, parágrafo 22, previu expressamente, em seu artigo 160, inciso III, como um dos princípios da ordem econômica e social a função social da propriedade.

Embora breve, a evolução histórica aqui traçada permite perceber os diferentes tratamentos dados à propriedade em alguns textos constitucionais estrangeiros e, também, nos textos constitucionais brasileiros.

O tratamento destinado à propriedade nos textos constitucionais mais fortemente influenciados pelo liberalismo são fruto de uma visão do Estado como “o fantasma que atemorizou o indivíduo”³⁰. Já o tratamento destinado à propriedade nos textos constitucionais do início do século XX em diante tem influências de um pensamento socialista, embora se afaste desse o suficiente para configurar-se como Estado social, ou o Estado “(...) que se acha contido juridicamente no constitucionalismo democrático”³¹.

É possível afirmar, também, que a construção do instituto da função social da propriedade teve como objetivo alargar o conceito econômico de propriedade - até então positivado nos documentos pós-revolução francesa - visando afirmar a destinação da produção de bens para satisfação não só do proprietário, mas também da comunidade³².

Muito embora a função social da propriedade conste de textos constitucionais brasileiros anteriores à CRFB/88, é possível afirmar que o assunto ganhou em importância no texto constitucional atualmente vigente, especialmente por ter sido incluída no rol dos direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, inciso XXIII).

²⁹ Ibid. p.786.

³⁰ BONAVIDES, 2014, p. 40.

³¹ BONAVIDES, 2014, p. 187.

³² FALCÃO, Ismael Marinho. **Direito agrário brasileiro**, São Paulo, Edipro, 1995, p. 209.

2.3 A PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Embora tenha escrito anteriormente à CRFB/88, Fábio Konder Comparato tratou do tema da função social da propriedade em termos que mais tarde seriam incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, o citado jurista compreendia que:

Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Mas a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vincula-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do *dominus*; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica.³³

A Constituição Federal de 1988 traz em seu Título II os direitos e garantias fundamentais e, em seu artigo 5º, os direitos e deveres individuais e coletivos, sendo que, dentre eles, constam o direito à propriedade (inciso XXII) e a função social da propriedade (inciso XXIII). Além disso, tanto a propriedade, quanto sua função social, encontram-se expressamente previstas como princípios da ordem econômica, no artigo 170 da CRFB/88, no incisos II e III respectivamente.

Está, portanto, assegurada a propriedade privada, no texto constitucional, como direito fundamental, mas sem o caráter absoluto, sem a intangibilidade que marcou o instituto historicamente no período liberal, limitada por uma utilização pautada em interesses públicos, um aproveitamento adequado aos anseios sociais³⁴.

Segundo Eros Grau, a CRFB/88 reconhece que a histórica justificativa da propriedade privada de proteger o indivíduo e sua família de eventuais necessidades

³³ COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial: estudos e pareceres*, 1ª Ed. 2ª Tir. São Paulo, Saraiva, 1995. *Apud*: BERTONCINI, Mateus; CORRÊA, Felipe Abu-Jamra. **Responsabilidade social da empresa e as ações afirmativas**: implicações do estatuto da igualdade racial, 1ª Ed. Curitiba, JM, 2012, p. 106

³⁴ MALUF, Carlos Alberto Dabus, **Limitações ao direito de propriedade**, São Paulo, Saraiva, 1997.

materiais, provendo subsistência, perde o caráter absoluto na sociedade contemporânea, posto que agora não é mais a propriedade a única forma de prover esta subsistência. Para além da satisfação individual, é preciso que se busque emprego e salário justo, além de prestações sociais visando uma proteção contra riscos e a garantia dos direitos fundamentais sociais³⁵. Somente o uso da propriedade - em especial a dos meios de produção - com fim coletivo é capaz de auxiliar o Estado na persecução destes objetivos, posta a inviabilidade, para este, de garantir emprego e renda para todos (por exemplo).

Não sem motivo, Grau destaca que é outro princípio de grande importância na ordem constitucional, o da busca do pleno emprego, previsto no inciso VIII do artigo 170 da CRFB/88, compõem o conteúdo da função social da propriedade, transformando a utilização desta em um poder-dever, orientado na realização deste outro comando constitucional³⁶.

Conforme afirmando anteriormente, a função social da propriedade na CRFB/88 compõe o próprio conceito de propriedade privada, lhe dando legitimidade. Segundo Pietro Perlingieri, não se trata somente de uma limitação de uso por parte do proprietário, nem tampouco de uma intervenção anticapitalista ou odiosa em um direito fundamental, mas sim da própria razão pela qual um direito (de propriedade) foi atribuído a um determinado sujeito³⁷.

Na mesma linha, José Diniz de Moraes afirma que “a função social não se impõe (somente) por obra e graça do legislador, é, em verdade, uma imposição das condições sociais dos tempos atuais em relação à propriedade privada. É o suspiro último da propriedade privada. É válvula redentora dela”³⁸.

O que parece estar compreendido no panorama traçado pela doutrina sobre o tema, é que a proteção constitucional está intimamente relacionada com uma utilização funcionalista destinada à realização de objetivos coletivos. Neste sentido, “a ausência de atuação da função social, portanto, faz com que falte a razão da garantia e do reconhecimento do direito de propriedade”³⁹.

³⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica, 13ª Ed. São Paulo, Malheiros, 2008, p. 235-236.

³⁶ GRAU, 2008, p. 254.

³⁷ PERLINGIERI, Pietro, **Perfis do Direito Civil**, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 226-227.

³⁸ MORAES, José Diniz, **A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988**, São Paulo, Malheiros, 1999, p. 92.

³⁹ PERLINGIERI, Op. Cit. p. 229.

Este é, também, o escólio de Gilberto Bercovici⁴⁰, para quem:

A função social é mais que uma limitação. Trata-se de uma concepção que consubstancia-se no fundamento, razão e justificação da propriedade. A função social da propriedade não tem inspiração socialista, antes é um conceito próprio do regime capitalista, que legitima o lucro e a propriedade privada dos bens de produção, ao configurar a execução da atividade do produtor de riquezas, dentro de certos parâmetros constitucionais, como exercida dentro do interesse social.

Talvez o melhor exemplo do que se sustentou até aqui esteja na previsão do artigo 186, que estabeleceu o conteúdo material do princípio da função social no que tange especificamente a propriedade rural, determinando que estará ele cumprido se forem observados o aproveitamento racional e adequado, a utilização adequada dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente, a observância das disposições que regulam as relações de trabalho e a exploração que favoreça o bem estar dos proprietários e dos trabalhadores. Caso não esteja atendendo sua função social nestes termos, a propriedade rural está, por previsão expressa do artigo 184 da CRFB/88, sujeita a desapropriação.

Outro campo em que a função da propriedade se manifesta de forma mais substancial, com contornos mais intensos, é o direito urbanístico. Isto se deu, em grande parte, por força da previsão do artigo 182, parágrafos 2º e 3º, da CRFB/88.

Além de prever que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressa no plano diretor, o texto constitucional ainda permite que este plano exija “do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova o seu adequado aproveitamento”⁴¹.

Este é um exemplo claro de quebra de paradigma, promovida pelo princípio da função social da propriedade, da noção liberal do direito de propriedade como absoluto, permitindo ao titular que de a destinação que bem lhe interessar ao seu imóvel, mesmo que esta destinação seja o não aproveitamento do bem, salvo para fins de especulação imobiliária, por exemplo⁴².

⁴⁰ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 147.

⁴¹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da, **Função social da propriedade pública**, São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p. 84.

⁴² Ibid. p, 84.

Este é o escólio de Sílvio Luís Ferreira da Rocha⁴³:

(...) a Constituição retiraria do titular da propriedade a possibilidade de não uso da propriedade nas áreas e situações em que o plano diretor da cidade especificar determinado uso para a propriedade, daí resultando que a propriedade ociosa, nas circunstâncias definidas no plano diretor, deixaria de exercer sua função social. Nesse ponto, a faculdade do proprietário de deliberar sobre o aproveitamento de seu terreno urbano cederia passo ao interesse coletivo definido em lei, realçando a perda de importância dos proprietários no papel de protagonistas do processo urbano.

Está claro, portanto, que os deveres ligados ao direito fundamental de propriedade “não determinam regras tão somente quanto ao uso econômico da propriedade enquanto bem de produção, mas envolvem também deveres da propriedade em seu contexto social (...) devendo respeitar meio ambiente e direitos trabalhistas”⁴⁴, por exemplo, além de, no caso da propriedade urbana, respeitar a determinações do plano diretor, que visa dar maior utilidade coletiva às cidades.

Por fim, para a compreensão da função social da propriedade na CRFB/88, é importante destacar o objeto e as duas dimensões (obrigacional e protetiva) do regramento em comento e, neste sentido, Eros Roberto Grau defende que a propriedade “enquanto instrumento a garantir subsistência individual e familiar – a dignidade da pessoa humana, pois – (...) consiste em um direito individual e, iniludivelmente, cumpre função individual”⁴⁵, segue ainda o jurista gaúcho afirmando que “a essa propriedade não é imputável função social; apenas os abusos cometidos no seu exercício encontram limitação, adequada, nas disposições que implementam o chamado poder de polícia estatal”⁴⁶.

Dentro desta concepção, portanto, o objeto do regramento da função social da propriedade é a propriedade dos bens de produção, que “são postos em dinamismo, no capitalismo, em regime de empresa, como função social da empresa”⁴⁷.

Por outro lado, Pietro Perlingieri entende que o objeto do regramento é mais amplo, não fazendo sentido limitá-lo à propriedade dos meios de produção,

⁴³ Ibid., p. 85.

⁴⁴ STEFANIAK, 2003, p. 81.

⁴⁵ GRAU, 2008, p. 236

⁴⁶ Ibid., p. 236.

⁴⁷ GRAU, Op. Cit., p. 238.

especialmente porque, a exemplo do ordenamento constitucional brasileiro⁴⁸, o sistema jurídico analisado pelo autor não previa exceções à regra da função social⁴⁹:

A afirmação generalizada de que a propriedade privada tem função social não consente discriminações e obriga o interprete a individualizá-la em relação à particular ordem de interesses juridicamente relevantes. Assim, tem função social não somente a propriedade da empresa, mas também a casa de habitação e dos bens móveis que ela contém, a da oficina artesã e da propriedade do pequeno produtor, a dos utensílios profissionais e dos animais e dos instrumentos de trabalho da empresa⁵⁰.

Compreendendo o objeto da função social como amplo, na forma acima exposta, é possível afirmar que os destinatários do princípio constitucional, especialmente em seu viés obrigacional, são, todos os titulares de direito de propriedade, qualquer propriedade, e também o legislador.

A função social como um princípio, aqui compreendido no sentido que lhe confere a teoria de Robert Alexy - para quem os princípios são estruturados como mandamentos de otimização, ou seja, normas que determinam a realização ótima de seus comandos, respeitadas às limitações fáticas e jurídicas⁵¹ -, impõe obrigações a cada um destes destinatários.

Ao proprietário cabe a tarefa de fazer uso de sua propriedade de forma a promover um bem coletivo e não apenas a satisfação de seus interesses individuais e familiares, deve fáticas da propriedade. Com destaque, aqui, para a diferença entre uma propriedade estática, com uma função predominantemente individual, conforme descrito acima com o escólio de Eros Roberto Grau, e uma propriedade caracterizada pelo dinamismo dos meios de produção.

É possível afirmar, inclusive, que o conteúdo principiológico da função social, no caso de algumas propriedades, se limita a impedir “o proprietário, através de seus atos e atividades, de perseguir fins antissociais ou não sociais”⁵².

Já no caso do legislador como destinatário da norma constitucional, este não pode conceder, em sua atividade, poderes que levem ao uso antissocial e

⁴⁸ STEFANIAK, 2003, p. 83.

⁴⁹ PERLINGIERI, 1999, p. 230.

⁵⁰ Ibid., p. 230.

⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva, Malheiros, São Paulo, 2008, p. 90.

⁵² STEFANIAK, Op. Cit., p. 84.

contraproducente da propriedade, devendo, ao contrário, prever meios ao proprietário, ou balizamentos, para que este possa perseguir os objetivos contidos no mandamento de otimização da função social da propriedade⁵³.

Parece bastante evidente que embora haja discordância quanto à amplitude do objeto do regramento da função social, a empresa, como conjunto de propriedades destinadas à produção de outros bens, ganha destaque. Isto fica explícito no escólio de Fabio Konder Comparato⁵⁴, que, ao reportar-se à fase dinâmica do direito de propriedade, ou à propriedade dos meios de produção, assim afirmou:

É nesse nível que o princípio da função social da propriedade fluentemente realiza a imposição de comportamento positivos ao titular da propriedade. E nesse nível, dinâmico, desponta a propriedade dos bens de produção, nitidamente, como propriedade em regime jurídico de empresa (...).O que importa salientar é o fato de que, no sistema capitalista, o regime jurídico da empresa está estritamente vinculado ao regime jurídico da propriedade dos bens de produção – ao tempo em que o regime jurídico da iniciativa econômica está estritamente vinculado ao regime jurídico da empresa. A propriedade em regime é discernida a partir da consideração da propriedade dinâmica, que não tem por objeto a fruição do seu titular – mero direito subjetivo – mas a produção de outros bens – função. Neste ponto da exposição aparecem perfeitamente jungidas as ideias de propriedade, empresa e iniciativa econômica. Isso é fundamental, pois justamente na superposição destas ideias é que se vai encontrar campo fértil à colocação da noção de função social ativa.

Mais do que em relação a qualquer outra propriedade, à propriedade dos meios de produção se impõe uma função, que dá à atividade empresária as características de um poder dever, trazendo ao “Direito privado algo até então tido por exclusivo do Direito Público: o condicionamento do poder a uma finalidade”⁵⁵.

⁵³ GONDINHO, André Osório, *Função social da propriedade*, in: TEPEDINO, Gustavo (Coord), **Problemas de direito civil-constitucional**, Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

⁵⁴ COMPARATO, Fabio Konder, *Função da propriedade dos bens de produção*, RDM63, São Paulo, Editora RT, Apud: GRAU, 2008, p. 241.

⁵⁵ SUNDFELD, Carlos Ari, *Função social da propriedade*, in: DALLARI, Adílson Abreu; FIGUEIREDO, Lucia Valle, **Temas de direito urbanístico 1**, São Paulo, Editora RT, 1987, p. 21.

2.4. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PÚBLICA

Conforme mencionado, neste trabalho adotou-se corte metodológico visando dar ênfase à função social da propriedade privada, ou ainda, mais especificamente, da empresa privada. Ainda, compreende-se que, via de regra, a propriedade pública está destinada necessariamente a satisfazer uma função social.

Ocorre que este não é um entendimento doutrinário pacífico, havendo certa polêmica sobre o assunto, razão pela qual se dedicam alguns breves comentários ao tema.

A polêmica doutrinária refere-se, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, às “frequentes controvérsias surgidas em decorrência da utilização de bens públicos por empresas concessionárias de serviços públicos”⁵⁶ e, ainda, em torno da aprovação do Estatuto da Cidade, que “veio dar novo alento ao referido princípio [da função social da propriedade pública] ao falar, com base em dispositivo constitucional (art. 182, caput), em função social da cidade”⁵⁷.

Silvio Luís Ferreira da Rocha contextualiza o embate doutrinário indagando se “os bens [públicos] de uso comum, de uso especial e os bens dominicais estariam obrigados, em razão de interpretação do texto constitucional, a atender a função social inerente aos bens que integram o domínio privado”⁵⁸.

Indagação esta que é respondida de forma negativa por parte da doutrina. Especialmente porque a função social da propriedade nasce como um modo de compatibilizar o direito de propriedade ao novo modelo de Estado social⁵⁹, conforme explorado no panorama histórico traçado anteriormente.

A questão é, portanto, que o papel da função social, ou o conteúdo deste princípio, é o de “conformar o uso privado dos bens com as exigências sociais que reclamam uma distribuição mais justa dos bens existentes para satisfazer as necessidades humanas, incidindo (...), portanto, somente sobre os bens privados e não sobre os bens públicos”⁶⁰.

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Função social da propriedade pública*, **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n6, abril/maio/junho, 2006. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acessado em 29 de junho de 2017, p. 1-2.

⁵⁷ Ibid., p. 2.

⁵⁸ ROCHA, 2005, p. 121.

⁵⁹ Ibid., p.121.

⁶⁰ Ibid., p. 122.

A doutrina estrangeira afirma que, em última análise, um eventual descumprimento da função social não poderia, segundo aqueles que adontam este entendimento, resultar nas sanções previstas para o mesmo caso quando atinente aos bens privados, em especial, na expropriação forçada⁶¹.

Ocorre que este não é o caso no Direito pátrio. Sem adentrar em detalhes sobre o tema da desapropriação de bens públicos, destaque-se o escólio de Letícia Queiroz de Andrade⁶²:

O sistema jurídico brasileiro admite a possibilidade de exercício de poder expropriatório entre as entidades federativas quando configurado um desequilíbrio jurídico entre os respectivos interesses contrapostos, no que se refere ao benefício coletivo que o atendimento desses interesses é capaz de proporcionar. Neste sentido, apontado pelo princípio da supremacia do interesse que proporcione maior benefício coletivo, há possibilidade de exercício de poder expropriatório entre as entidades federativas quando confrontados interesses públicos primários de distintas escalas de abrangência (nacionais, regionais, locais), interesses públicos primários e interesses públicos secundário, e interesses públicos secundários que se relacionem com intensidades distintas aos interesses públicos primários.

No que diz respeito à contextualização oferecida na obra de Silvio Luís Ferreira da Rocha, o autor detalha a aplicação do princípio da função social da propriedade para além da óbvia função social requerida de quaisquer bens que pertençam a um Estado cuja finalidade última é o atendimento das necessidades coletivas, para cada espécie de bens públicos.

De forma resumida, quanto aos bens de uso comum, a função social age paralisando a “pretensão reintegratória do Poder Público, em razão de outros interesses juridicamente relevantes, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana”⁶³, além de incidir também paralisando a “pretensão reivindicatória do Poder Público com fundamento no artigo 1.228, parágrafo 4º, do Código Civil”.

Quanto aos bens de uso especial, a incidência do princípio em comento se dá justamente na necessária adequação destes aos princípios e “preceitos que disciplinam a função social dos bens urbanos, especialmente ao atendimento da

⁶¹ Ibid, p. 122.

⁶² ANDRADE, Letícia Queiroz de, **Desapropriação de bens públicos**: à luz do princípio federativo, São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 136.

⁶³ ROCHA, 2005, p. 160.

função social das cidades”⁶⁴ e, por último, incide o princípio também sobre os bens dominicais, “conformando-os à função social das cidades e do campo (...), viabilizando a aquisição da propriedade dos referidos bens pela usucapião urbana, rural e coletiva”⁶⁵.

Estas conclusões são compartilhadas também por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem “a ideia de função social, envolvendo o dever de utilização, não é incompatível com a propriedade pública. Esta já tem uma finalidade pública que lhe é inerente e que pode e ser ampliada para melhor atender ao interesse público, em especial aos objetivos constitucionais voltados para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade (...)”.

Feitos estes comentários, retoma-se a questão em foco, da função social da propriedade privada, visando compreender como, e em que medida, se estende à empresa.

2.5 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Como já é possível deduzir do que foi apresentado até o momento, a função social, colocada de forma genérica, visa dar uma finalidade, ou orientar atos praticados para a realização de um bem coletivo. Isto porque, a palavra função já indica o desempenho de um dever ou de uma tarefa⁶⁶. Segundo o escólio de Humberto Theodoro Junior: “função quer dizer papel que alguém ou algo deve desempenhar em determinadas circunstâncias. Falar em função, portanto, corresponde a definir um objetivo a ser alcançado”⁶⁷.

Já o termo ‘social’ pode ser compreendido como pertencente a uma sociedade ou coletividade, ou ainda, “pertencente à sociedade humana”, de onde é possível concluir que função social é um dever ou uma tarefa para com a sociedade. No caso dos valores constitucionais envolvidos, o dever, tarefa, ou objetivo, de

⁶⁴ Ibid., p. 160.

⁶⁵ Ibid., p.160.

⁶⁶ COMPARATO, Fabio Konder, *Estado, empresa e função social*, in: **Revista dos Tribunais**, N 732, p. 38 -46 outubro de 1996, p. 40.

⁶⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto, **O contrato e sua função social**. 2ª ED, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 45-46.

contribuir na realização dos objetivos de determinada sociedade, como a busca pelo pleno emprego, por exemplo.

Fabio Konder Comparato⁶⁸ trabalha o conceito e suas implicações nos seguintes termos:

Cumpra, preliminarmente, definir os conceitos e evitar os contrasensos. Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são limites negativos aos direitos do proprietário. Mas a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do dominus; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica.

Assim sendo, a função social da empresa, especificamente, implica na harmonização das atividades desenvolvidas por esta com os interesses da sociedade em que está inserida, o que se faz, inicialmente, com a obediência de determinados deveres, positivos e negativos⁶⁹, sem, no entanto, esgotar-se somente no cumprimento da lei, posto que “não é certo dizer que, só por funcionar, (compreendendo aqui o funcionar como funcionar obedecendo a legislação vigente) a empresa cumpre sua função social”⁷⁰.

Neste sentido, Fabio Ulhoa Coelho⁷¹ leciona que a empresa que cumpre sua função social, para além da geração de empregos, do pagamento de tributos e da geração de riquezas natural à sua atividade, deve contribuir com o desenvolvimento social, econômico e cultural da comunidade em que está localizada, ou de sua

⁶⁸ COMPARATO, Fabio Konder, **Função Social da propriedade dos bens de produção**, Disponível em https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwjt3p6-rPrTAhUDEZAKHSpdDBcQFggrMAE&url=https%3A%2F%2Fedisciplinas.usp.br%2Fmod%2Fresource%2Fview.php%3Fid%3D1185816&usq=AFQjCNEz4ScB3cAGP1xQPcBT6_7hclMPtQ&cad=rja, acessado em 16 de maio de 2017, p. 75.

⁶⁹ TOMASEVINICIUS FILHO, Eduardo, *A função social da empresa*, in: **Revista dos Tribunais**, N 92, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 33-50.

⁷⁰ MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **A autonomia privada e a função social da empresa**. In FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Direito Civil: Atualidades II**. Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 345.

⁷¹ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial, Volume 1: Direito de empresa**, 16ª ED, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 81.

região, ou mesmo de seu país. Deve ainda, adotar práticas sustentáveis, preservar o meio ambiente e os direitos dos consumidores nos bens de consumo que produz. Se a atuação empresarial está harmoniza-se com esses objetivos - todos de ordem constitucional -, além de, evidentemente, se desenvolver em estrita conformidade com as leis que regulam sua determinada atividade, então estará cumprindo função social. Ou seja, os bens de produção reunidos pelo empresário no âmbito da organização do estabelecimento empresarial estão empregados em conformidade com a CRFB/88.

Francisco Cardozo de Oliveira⁷² apresenta entendimento diferente sobre a manifestação da faceta da função social da propriedade na atividade empresarial, afirmando que:

Ainda que seja controvertida a possibilidade de se pensar a funcionalização da atividade empresarial, não deixa de ser viável, do ponto de vista jurídico, conceber a ideia de que a empresa, que é forma de exercício do direito de propriedade, carrega da propriedade elementos de função social. Esta funcionalização se manifesta através da responsabilidade social da empresa pela redução das desigualdades.

O autor assevera, no entanto, que no ordenamento jurídico pátrio, a partir da CRFB/88, já não é mais possível tratar da propriedade de forma apartada de sua função social ou funcionalização. Em verdade, este instituto permeia a relação entre proprietário e propriedade “de forma que o exercício dos poderes proprietários não diz respeito apenas à relação do proprietário com a coisa, mas está subordinado a uma orientação finalística que considera o uso da coisa e a relação social e historicamente situada entre proprietário e não proprietários”⁷³.

A leitura, todavia, que permite a conclusão de que a função social da propriedade se estende de forma plena, nos moldes anteriormente construídos, é a da inclusão do instituto, para além da previsão do artigo 5º, inciso XXIII, também no artigo 170, ambos da CRFB/88, o que permite que se conclua que os “princípios e preceitos inseridos no título Ordem Econômica (...) implicam limitações ao direito de

⁷² OLIVEIRA, Francisco Cardozo de, *Uma nova responsabilidade administrativa empresarial*, in: GEVAERD, J; TONIN, M. M. (Coord.) **Direito empresarial e Cidadania: questões contemporâneas**. Curitiba, Juruá, 2004.

⁷³ OLIVEIRA, Francisco Cardozo de, **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro, Forense, 2006, p.241-242.

propriedade. Essas limitações foram concebidas, no trato das atividades econômicas, para que as empresas cumpram sua função social”⁷⁴.

É em concordância com este entendimento o escólio de Luiz Fernando Amaral, que defende que “a função social da propriedade e, por conseguinte, da empresa, importa o exercício da atividade empresarial em consonância com o ordenamento jurídico, sob pena de restarem verificadas flagrantes hipóteses de abuso de direito (...)”⁷⁵, embora já tenha sido destacado anteriormente que a função social da empresa não se esgota na simples obediência aos ditames legais.

Dentro deste contexto, a empresa não é mais somente uma ferramenta de satisfação de seus proprietários ou sócios e administradores, está inserida em um contexto social e com isso, sujeita aos valores e princípios presentes ali.

Apesar desta constatação, é importante destacar que dar uma função social à atividade empresária não tira por completo “a liberdade do indivíduo de agir de acordo com os próprios interesses”⁷⁶, razão pela qual Rodrigo Almeida Magalhães acredita que a função social encontra limites na atividade exercida pela empresa: “não é possível exigir, com fundamento na função social, deveres para os quais as empresas não foram criadas, porque senão só teria deveres e não direitos”.

É possível afirmar, portanto, que “pensar a função social da empresa implica, assim, posicionar-se a empresa em face da função social da propriedade, da livre iniciativa (autonomia privada para empreender) e da proporcionalidade (equilíbrio na consecução de interesses privados diante das necessidades sociais)”⁷⁷.

Mas o tema não é sem dificuldades. Muito embora haja, por parte de doutrina majoritária, o reconhecimento da existência de uma função social da empresa como corolário lógico do princípio da função social da propriedade privada⁷⁸, há outra parte de grande importância que defende que “no campo da determinação normativa da busca pelo atingimento da função social da empresa, contudo, a inexistência de sanção específica torna os comandos legais genéricos completamente estéreis”⁷⁹.

⁷⁴ LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira, **Empresa e função social**, Curitiba, Juruá, 2009, p.150.

⁷⁵ AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente, **A função social da empresa no direito constitucional econômico brasileiro**. São Paulo, SRS, 2008, p. 116.

⁷⁶ Ibid.,p. 116.

⁷⁷ BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto, **Responsabilidade social das empresas: práticas sociais e regulação jurídica**, Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2006, p. 102.

⁷⁸ CLARO, Carlos Roberto, **Recuperação Judicial: sustentabilidade e função social da empresa**, São Paulo, LTr, 2009, p. 190.

⁷⁹ TOKARS, Fábio L, *Função social da empresa*, in: RAMOS, C.L.S (Coord.) **Direito Civil Constitucional: situações patrimoniais**, Curitiba, Juruá, 2002, p. 80.

Fabio Tokars afirma ainda que “(...) ainda que seja socialmente exigida uma atuação empresarial que apresente preocupação social, a mera previsão normativa não se faz capaz de garantir materialmente os interesses da sociedade, a norma em si, está colocada como bandeira de conquista social, sem que, no campo concreto, tenha representado algo de relevante”⁸⁰, e, ainda, complementa o autor, dizendo que falar em uma efetiva função social da empresa é “(...) fechar os olhos ao mundo, construir um paliativo retórico aos efeitos concretos de nossas políticas econômicas”⁸¹.

Neste mesmo sentido, Newton de Lucca afirma que “todo o problema da função social da empresa, nós sabemos, continua sendo mais um exercício de retórica do que uma realidade concreta, enquanto o poder de controle estiver exclusivamente fundado na propriedade do capital”⁸².

E um alerta sobre uma inefetividade ou um perigo da previsão sobre a função social da empresa capitalista é também encontrado na obra do próprio Fabio Konder Comparato⁸³ nos seguintes termos:

Há incongruência em se falar numa função social das empresas. No regime capitalista, o que se espera e exige delas é, apenas a eficiência lucrativa, admitindo-se que, em busca do lucro, o sistema empresarial como um todo exerça a tarefa necessária de produzir ou distribuir bens e de prestar serviços no espaço de um mercado concorrencial. Mas é uma perigosa ilusão imaginar-se que, no desempenho dessa atividade econômica, o sistema empresarial, livre de todo controle dos Poderes Públicos, suprirá naturalmente as carências sociais e evitará os abusos; em suma, promover a justiça social.

Esta vagueza do conceito de função social da empresa posto que derivação lógica do conceito de propriedade, manifestada na ausência de prescrições - inclusive de caráter sancionatório mais específicas - é também destacada por Mateus Bertoncini e Felipe Abu-Jamra Corrêa, que veem no conceito vago,

⁸⁰ Ibid., p. 80.

⁸¹ Ibid., p. 80.

⁸² LUCCA, Newton de, **Da ética geral à ética empresarial**, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 325.

⁸³ COMPARATO, Fabio Konder, **Estado, Empresa e Função Social**, Revista dos Tribunais, ano 85, V. 732, out de 1996, p. 45.

ambíguo, a possibilidade de variadas interpretações que podem acabar por ferir a liberdade econômica, outro valor caro à CRFB/88⁸⁴.

A crítica que se encontra na doutrina da função social da empresa é um alerta contra a adoção de uma tese que pode levar este instituto a servir como “mero disfarce retórico para o abandono, pelo Estado, de toda política social, em homenagem à estabilidade monetária e ao equilíbrio das finanças públicas”⁸⁵. Em verdade, há, em conformidade com as críticas acima expostas, um relevante papel do Estado na regulação da atividade econômica, especialmente para que a função social da empresa venha a se realizar.

Trata-se de um compartilhamento entre Estado e empresas privadas, mesmo que não de forma direta, da responsabilidade pela concreção ou pela persecução de objetivos como os expostos no artigo 3º da CRFB/88, em especial no que diz respeito à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e do bem estar e da justiça social prevista no artigo 193 do mesmo dispositivo legal. Além disso, também há relevante papel da empresa e do Estado na realização de direitos fundamentais sociais, tema que será abordado no próximo tópico.

Enfim, todas as críticas não são sem razão. No entanto, é mister destacar que “a função social veio inculpada em nossa Constituição como mandamento que se otimizará ao longo do tempo”⁸⁶, ou seja, a efetivação do princípio e seu conteúdo jurídico devem ser fruto do trabalho do legislador e, talvez, também da jurisprudência.

2.6 FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO ESTADO SOCIAL BRASILEIRO

Como mencionado anteriormente, Eros Roberto Grau⁸⁷, tratando da Ordem Econômica na Constituição de 1988 lecionava sobre a incidência da função social da propriedade no que chamou de fase dinâmica desta. Para o autor, é à função social dos bens de produção em dinamismo que se dá o nome de função social da

⁸⁴ BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; CORRÊA, Felipe Abu-Jamra, **Responsabilidade Social da empresa e as ações afirmativas**: implicações do estatuto da igualdade racial. 1ª Ed., Curitiba, JM, 2012, p. 109.

⁸⁵ Ibid., p. 109.

⁸⁶ Ibid., p. 110.

⁸⁷ GRAU, 2008, p. 237.

empresa e essa função denota um poder-dever que dota a empresa de uma finalidade, ou seja, condiciona o exercício do poder advindo da propriedade, a uma finalidade que extrapola a esfera do indivíduo para gerar resultados coletivos⁸⁸.

Mas é preciso refletir sobre isso. Primeiramente, o conceito de função social da empresa que permite cogitar que esta possui uma responsabilidade compartilhada na busca da realização dos objetivos do Estado fundado CRFB/88 parece se adequar perfeitamente com o modelo social de Estado adotado pelo Brasil.

O Estado Social contemporâneo, democrático e capitalista, busca justamente o equilíbrio entre os valores liberais manifestos nos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Neste sentido é possível afirmar que não há nada de essencialmente errado na afirmação de Milton Friedman, de que “a responsabilidade social da empresa é a de maximizar seus lucros”⁸⁹, pois, em verdade, a empresa também é dotada de uma função individual, como definiu Eros Grau⁹⁰, cujo objetivo maior é a satisfação das necessidades do proprietário dos meios de produção. O que não se pode mais defender é que a maximização dos lucros seja a única função da empresa.

Assim, todos os princípios estudados nos tópicos anteriores demandam uma abstenção do proprietário na busca pela maximização dos lucros, a abstenção de fazê-lo à custa da dignidade e dos direitos sociais de outros indivíduos. Assim, se há um princípio de proteção à propriedade privada, há também a necessidade de uma concordância prática – nos moldes propostos por Hesse – com os demais princípios orientadores do ordenamento, o que implica na utilização das técnicas de ponderação propostas por Alexy⁹¹ (quando ocorrer uma colisão em casos concretos).

E, quanto a esta solução baseada na ponderação entre princípios colidentes, cabe lembrar que a dignidade da pessoa humana e os princípios que originam-se

⁸⁸ Ibid. p. 241.

⁸⁹ FRIEDMAN, Milton. *The social responsibility of business is to increase its profits*. New York Times, NY. Sept. 13, 1970.

⁹⁰ GRAU, Op. Cit. 235.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional*, In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.), **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**, Florianópolis, Qualis, 2015, p. 97.

imediatamente dela tem considerável valor abstrato, ou seja, “a confiabilidade epistêmica em favor da dignidade humana, é, geralmente, bastante elevada”⁹².

A segunda observação a ser feita é que a missão delineada pela CRFB/88 não é simples. Após mais de 27 anos de sua promulgação, ainda procura-se o que Paulo Bonavides⁹³ chamou de Estado social propriamente dito, derivado da gradual acomodação de interesses políticos/sociais e do consenso.

Mas, talvez, a mais importante questão a esmiuçar, é se efetivamente é possível afirmar que da função social da empresa advém prestações de fazer; direitos positivos aos que orbitam em torno da propriedade - desde consumidores do que é produzido, até trabalhadores, fornecedores, prestadores de serviço, etc. - e, principalmente, tendo em vista a necessidade de uma leitura sistemática do texto constitucional, se é possível afirmar que a função social da empresa funciona como uma espécie de agente condutor que introduz na a atividade empresarial os princípios e direitos fundamentais dos artigos. 1º, 3º e 6º da CRFB/88.

Desta forma, a questão é de necessidade de respeito, nas relações entre particulares, aos citados princípios e, neste momento, a compreensão das normas contidas nos artigos. 1º, 3º e 6º⁹⁴ da CRFB/88 como princípios - no sentido de mandamentos de otimização - ganha grande importância. Afinal, como defende Virgílio Afonso da Silva, “direitos fundamentais, por serem mandamentos de otimização, tendem a irradiar efeitos por toda a ordem jurídica”⁹⁵.

Neste sentido, são insubstituíveis as palavras do autor⁹⁶:

Princípios são, no sentido usado como base deste estudo, normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Se essa definição está

⁹² ALEXY, 2015.. p. 33.

⁹³ BONAVIDES, 2014. p. 32.

⁹⁴ Quando se analisam os direitos sociais, a necessidade de uma participação de caráter negativo e positivo por parte da empresa é ainda mais evidente para a realização destes e, por consequência, dos objetivos da República. O cumprimento de legislação que regulamenta questões relevantes à saúde no ambiente de trabalho, como segurança de trabalho e o uso de Equipamentos de Proteção Individual são uma forma de garantir o direito à saúde, a abstenção do uso de mão de obra infantil e o fornecimento de creche para as empresas que assim estão obrigadas a fazê-lo e também para as que não estão garantem a proteção à infância e à maternidade, além de garantir condições para o exercício do trabalho da mãe. Previdência social guarda intrínseca relação com o cumprimento de disposições previdenciárias por parte de empregadores, o respeito ao descanso, seja inter ou intrajornadas, ou ao descanso semanal remunerado, é fundamental para o exercício do direito ao lazer e à manutenção da boa saúde do trabalhador.

⁹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da, **A constitucionalização do direito**: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares, São Paulo, Malheiros Editores, 2014, p. 178.

⁹⁶ Ibid., p. 178.

correta e, além disso, se se leva a ideia de otimização a sério, a decorrência automática é a fundamentação de toda e qualquer expansão na eficácia dos direitos fundamentais que fomente a sua realização. Nesse sentido, é possível inferir dos direitos fundamentais também direitos à proteção contra eventuais violações por parte de terceiros, pois a liberdade de expressão, o direito de associação, a privacidade, a liberdade de informação, a liberdade religiosa, entre outros, são realizáveis em maior medida se não forem considerados apenas direitos contra violações por parte do Estado, mas também contra violações por parte de terceiros.

A dimensão da importância da realização dos direitos sociais do Art. 6º da CRFB/88 e sua relação com o desenvolvimento, que no Brasil é um objetivo da República, são investigadas e destacadas por Amartya Sen⁹⁷ nos seguintes termos:

A ligação entre liberdade individual e realização de desenvolvimento social vai muito além da relação constitutiva – por mais importante que ela seja. O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condição habilitadoras como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas.

Resta, evidentemente, portanto, que as relações que se travam no âmbito da atividade empresária são de grande importância para a realização do desenvolvimento e todas as facetas que compõem este conceito. Não há como imaginar oportunidades econômicas, poderes sociais e, mesmo boas condições de saúde sem a efetiva cooperação do mundo empresarial.

O tratamento de comportamentos que violem estes direitos por ação ou omissão no cumprimento de disposições legais infraconstitucionais - que representam a opção do legislador dentro da moldura constitucional para a realização dos princípios envolvidos em cada situação -, como agressões a direitos fundamentais, representaria um significativo incremento de proteção.

Mas a questão aqui proposta é maior que a obediência à legislação que regulamenta relações entre particulares, cuja fundamentação está em princípios e direitos fundamentais sociais. É a efetivação destes direitos. A questão está no alerta que Norberto Bobbio⁹⁸ faz acerca destes direitos ao afirmar que “o importante

⁹⁷ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta, Companhia das Letras, São Paulo, 2010, p. 19.

⁹⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Elsevier, Rio de Janeiro, 1992, p. 37.

não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los. Não preciso aduzir aqui que, para protegê-los, não basta proclamá-los”.

Esta é a razão da referência a uma responsabilidade compartilhada no título deste tópico. A construção constitucional brasileira deu guarida aos princípios explorados neste ensaio (desde a dignidade da pessoa humana, até a função social da propriedade) sem que, em qualquer momento tenha mencionado uma exclusividade Estatal nas prestações positivas que visam garantir a efetividade do mínimo-social esboçado de forma exemplificativa no artigo. 6º da CRFB/88.

Embora seja possível encontrar em parcela doutrina uma tendência a destacar o Estado, e as autoridades públicas como destinatários dos objetivos da República Federativa do Brasil⁹⁹, este não parece ser o entendimento mais adequado.

Dado que o preâmbulo, desde logo, informa que a República Federativa do Brasil estava, naquele momento histórico, sendo constituída de forma a garantir o exercício de direitos sociais, uma sociedade fraterna, justa, igualitária, promovendo bem estar, segurança, e desenvolvimento, não é possível que não haja responsabilidade dos beneficiários destes direitos em sua efetivação.

Neste sentido, talvez o que orienta a conclusão do presente estudo, é o enunciado por Carlos Ayres Brito: no sentido de que “A efetividade da Constituição depende da afetividade que se tem dela”¹⁰⁰, conforme entendimento de Emerson Gabardo, que afirma que esta falta de afeto pela constituição, pelo Estado e pela esfera pública em geral é um problema marcante desta fase inicial do século XXI que pode ser observado no Brasil¹⁰¹.

Há, portanto, necessidade de adoção da CRFB/88 e, para a atividade empresária, tal, significa compreender que toda atividade econômica está pautada pelos princípios do Art. 170 da CRFB/88, o que inclui assegurar a todos existência digna, buscar o pleno emprego, a redução das desigualdades e a justiça social, valorizando o trabalho humano, o que significa dizer que o papel do mercado e,

⁹⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 30ª Ed. São Paulo, Atlas, 2014, p. 20-21.

¹⁰⁰ BRITTO, Carlos Ayres. Controle Judicial das Políticas Públicas e a Independência dos Poderes. XXII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Brasília, Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, 10 out 2008. *Apud*: GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte, Fórum, 2009, p. 172.

¹⁰¹ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte, Fórum, 2009, p. 172.

consequentemente, da atividade empresária, deve ser, inclusive nas relações privadas, o de meio para a realização da felicidade¹⁰².

A atividade empresarial delineada pela CRFB/88 introduz, pois, princípios estranhos a um capitalismo liberal puro, e estes princípios “conferem à exploração da atividade econômica pelas empresas privadas no Brasil contemporâneo, perfil bastante diverso daquele almejado pela globalização (...)”¹⁰³.

Observados os principais aspectos da função social da empresa e a relação que esta tem com a realização dos objetivos da República Federativa do Brasil e com a efetivação dos direitos sociais, fica claro que sua preservação é de interesse coletivo, o que reflete na legislação infraconstitucional sobre o tema, a exemplo da lei 11.101/2005.

2.7 FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E A NECESSIDADE DE SUA PRESERVAÇÃO SEMPRE QUE POSSÍVEL: REFLEXO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL NA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA

A realização do mandamento constitucional de uma função social da empresa, ou dos meios de produção organizados, passa, obrigatoriamente, pela proteção desta propriedade dinâmica. Na legislação infraconstitucional alguns exemplos da dimensão protetiva da função social da empresa podem ser encontrados na Lei de Recuperação Judicial (Lei 11.101/2005).

Uma breve análise dos conceitos contidos no artigo 47 da citada lei, que prevê que a recuperação judicial tem objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, evidencia um significativo número de princípios constitucionais orientando a construção da norma.

Há, portanto, um reconhecimento explícito da importância da empresa na realização da busca pelo pleno emprego, no desenvolvimento nacional e na

¹⁰² BERTONCINI 2014, p. 44.

¹⁰³ Ibid., p. 47

produção de riquezas. Não por outras razões, o texto legal visa evitar “quanto possível, maiores prejuízos a ela (empresa), aos credores, aos trabalhadores, e ao Estado, enfim”¹⁰⁴.

Ainda, é possível identificar no citado artigo 47 três pontos que demonstram uma preocupação com a importância social da empresa muito mais do que com eventuais danos patrimoniais ao empresário. A manutenção da fonte produtora é de interesse coletivo na medida em que é de fundamental importância para manutenção de empregos, manutenção de outras empresas credoras desta que encontra dificuldades, e na medida em que a empresa é imprescindível para atividade econômica¹⁰⁵.

É neste sentido o escólio de Gladston Mamede, de que embora seja possível imaginar que eventuais crises econômico-financeiras de uma empresa digam respeito somente a esta, “não dizendo respeito à coletividade, ao Poder Público ou a qualquer pessoa, (...) esta visão (...) toma a empresa como fenômeno essencialmente privado da realidade econômica e jurídica, esquecendo-se do papel social que aquela cumpre ou, ao menos, deve cumprir perante a sociedade”¹⁰⁶.

A legislação anterior (Decreto-Lei 7.661/45), em momento histórico diverso, não compreendia a importância da função social da empresa nos mesmos moldes. Sendo assim, a legislação atual representou significativo avanço.

Antes, era possível afirmar que o tema era tutelado por um sistema de liquidação¹⁰⁷, visando regulamentar a chamada morte da empresa. Já a partir da lei 11.101/2005, o objetivo principal é a manutenção sempre que possível, o que reflete o especial tratamento do tema na CRFB/88. Neste sentido, Frederico Simionato¹⁰⁸ leciona que:

Evidente é a importância que a empresa possui para a economia de uma sociedade, tanto que grande parte dos empregos e da produção de riqueza é criada pela sua atuação no contexto regional e mundial. Com efeito, nos dias atuais, as empresas, em qualquer dimensão

¹⁰⁴ CLARO, 2009, p. 185.

¹⁰⁵ LUCAS, Fernando Pompeu, *Aspectos gerais e princípios in: COSTA, Daniel Carnio. Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências*, Vol. 2, Curitiba, Juruá, 2015, p. 18.

¹⁰⁶ MAMEDE, Gladston, **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**, São Paulo, Atlas, 2006, p. 182.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 182

¹⁰⁸ SIMIONATO, Frederico Augusto Monte, **Tratado de direito falimentar**, Rio de Janeiro, Forense, 2008.

econômica, atuam de maneira organizada, constituindo o que se pode chamar de organicismo da atividade empresarial. A enorme participação que a empresa possui na economia moderna foi notada também sobre o direito falimentar clássico. Verificou-se que a liquidação de uma empresa provocaria graves consequências para a sociedade civil, Estado, tributos, consumidores, acionistas, mercado, etc., e que esta instituição não se coadunava mais com a realidade empresarial, e o novo direito falimentar procura estabelecer alguns mecanismos extrajudiciais e judiciais para tentar salvar uma empresa ainda viável do ponto de vista econômico e financeiro. O direito falimentar é necessariamente um ramo do direito voltado para as questões econômicas e os seus reflexos no mundo jurídico.

Fernando Pompeu Luccas, no entanto, alerta que “há que se ter cautela na aplicação do diploma legal. Faz-se necessário também a análise apurada das empresas em questão, procurando-se aplicar a norma às que efetivamente tem condições de se recuperar e de dar o devido retorno à sociedade, cumprindo integralmente sua função social”¹⁰⁹. Isto parece reforçar a ideia de que a proteção constitucional do princípio da função social da empresa está para aquelas que efetivamente cumprem essa finalidade.

Neste sentido, Daniel Carnio Costa¹¹⁰ afirma que:

Os ônus empresariais/materiais da recuperanda consistem em preservar os benefícios decorrentes da manutenção da atividade produtiva. Vale dizer, deve a recuperanda continuar a gerar empregos e receitas, a circular riquezas, bens e serviços, bem com a recolher tributos. Não se pode admitir que a empresa em recuperação, usufruindo do benefício estatal para superação da sua crise (blindada por lei contra a cobrança de seus credores pelo prazo de 180 dias, por exemplo), demita funcionários de forma injustificada (sem que haja estreita relação com seu projeto de reestruturação) e deixe de produzir ou de recolher tributos. O mínimo que se pode exigir da empresa em recuperação é que ela engendre todos os seus esforços para gerar os benefícios que, no final das contas, justificam a atuação estatal de ajuda à superação da crise empresarial. Esse é portanto o seu ônus material.

Outro critério de destaque para que a preservação da empresa seja considerada, nos termos da lei de recuperação, é, portanto, sua capacidade de cumprir os objetivos acima descritos. Ou seja, “a função social da empresa só será

¹⁰⁹ LUCAS, 2015, p. 20.

¹¹⁰ COSTA, Daniel Carnio, *Recuperação Judicial deve ocorrer de forma ética e adequada*, in: **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-nov-24/daniel-costa-recuperacao-judicial-ocorrer-forma-etica-adequada> Acessado em 20 de maio de 2017.

preenchida se for lucrativa, para o que deve ser eficiente. Eficiência, nesse caso, não é apenas produzir os efeitos previstos, mas é cumprir a função dependendo pouco ou nenhum esforço (...)”¹¹¹, ou seja, embora o princípio máximo orientador seja o da preservação da empresa, pelas razões anteriormente expostas, se inviável, a solução mais benéfica, mesmo para a coletividade, é a falência¹¹².

Feitas as ressalvas sobre a aplicação do instituto, a doutrina destaca um princípio orientador do diploma legal que resume os objetivos traçados no artigo 47 da Lei 11.101/05, qual seja, o princípio da preservação da empresa, que se impõe posto que “(...) em razão de sua função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do país”¹¹³.

No mesmo sentido e, mais uma vez, reforçando a estreita ligação entre manutenção da empresa e função social, Waldo Fazzio Junior afirma que “a recuperação judicial não se restringe à satisfação dos credores nem ao mero saneamento da crise econômico-financeira em que se encontra a empresa destinatária. Alimenta a pretensão de conservar a fonte produtora e resguardar o emprego, ensejando a realização da função social da empresa (...) mandamento constitucional”¹¹⁴.

Logo, a função social da empresa apresenta-se como um dever, um ônus que impõe finalidades coletivas ao seu exercício, mas, ao mesmo tempo, apresenta-se também como uma proteção, ela mesma determinando a manutenção da atividade sempre que possível.

¹¹¹ SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sergio A. de Moraes, (Coord), **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 220.

¹¹² LUCCAS, 2015, p. 22.

¹¹³BRASIL. Exposição de motivos da Lei 11.101/05, de 09 de fevereiro de 2005 **Dispõe sobre a exposição de motivos para criação da lei de recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580930>> . Acessado em 10 de maio de 2017.

¹¹⁴ FAZZIO JUNIOR, Waldo, **Lei de falência e recuperação de empresas**, 6ª ED, São Paulo, Atlas, 2012, p. 121.

2.8 CONSIDERAÇÕES FINAIS PARCIAIS

Em primeiro lugar, já é possível afirmar que a ideia de função social, como exposta acima, cria um movimento de funcionalização de vários direitos subjetivos, afetando institutos considerados centrais para o direito moderno. Exemplos disso são a propriedade e a empresa. O que se extrai disso é que toda prerrogativa outorgada a alguém deve cumprir um papel perante a sociedade, especialmente no que tange a propriedade, e, por consequência lógica, a empresa¹¹⁵.

Mas, a importância coletiva que a empresa ganha no contexto atual demanda que o princípio arrolado entre os direitos e garantias individuais e coletivas do artigo 5º da CRFB/88 tenha também uma faceta protetiva.

Isto é, se por um lado o conteúdo jurídico do princípio da função social “contempla uma atividade por parte do proprietário tendente a concretizar, na realidade social e histórica, determinando objetivo homogeneizador, integrado à ordem jurídica, que qualifica o modo de apropriação de bens, notadamente, de bens de produção”¹¹⁶ e ainda, “(...) inscreve na concretude das relações sociais e de produção uma dinâmica que busca realizar objetivos de justiça social”¹¹⁷, por outro lado, é preciso que a atividade empresária encontre-se tutelada, segura de que, presentes em sua atividade as variadas características que lhe são exigidas, além das que o mercado demanda, como lucro e eficiência, esta estará protegida, amparada pelo Estado, inclusive para que possa superar eventuais momentos de dificuldade.

De outra forma não poderia ser, posto que qualquer atividade econômica, desde que lícita, deve ser protegida, conforme ditame do artigo 170 da CRFB/88, visando assegurar a valorização do trabalho humano, a constante busca pela diminuição das desigualdades, a busca pelo pleno emprego e a liberdade de iniciativa de cada um¹¹⁸.

¹¹⁵ LEAL JUNIOR, João Carlos, *Ensaio sobre o princípio da função social da empresa na lei 11.101/2005*. In: **Revista Forense**, Vol. 409, p. 507-524, Rio de Janeiro, Forense, mai-jun 2010.

¹¹⁶ OLIVEIRA. 2006, p. 243-244.

¹¹⁷ Idem.

¹¹⁸ BORGES, Camila Aparecida; BENACHIO, Marcelo, *A recuperação judicial e o direito humano ao desenvolvimento*, In: COSTA, Daniel Carnio. **Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências**, Vol. 2, Curitiba, Juruá, 2015, p. 47.

Conhecidos os contornos do princípio da função social da empresa, atingidos os objetivos traçados para este capítulo nas considerações iniciais, faz necessário compreender como o Estado intervêm no domínio econômico e regula a atividade empresária, especialmente por meio de seu dever-poder sancionador, manifestado por meio da aplicação de sanções *in* concreto, para, então procurar a responder se, e em que medida, a função social da empresa se presta como limitadora desta potestade da administração pública.

3 DEVER PODER SANCIONADOR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO EXPRESSÃO DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

3.1 NOÇÕES PRELIMINARES

Ao mesmo tempo que as revoluções e mudanças ocorridas entre o século XVIII e XX afetaram o conceito do direito à propriedade privada e deram origem ao princípio da função social, estas mudanças também influenciaram a forma como o Estado interfere na vida privada.

Se, “no período absolutista, Estado-polícia significava um poder ilimitado, valendo-se do Direito para controlar a sociedade, ordenando e coagindo, sem sujeitar-se a ele”¹¹⁹, no Estado liberal, construções como “liberdade e propriedade se tornaram direitos subjetivos públicos, constituindo um espaço de autonomia frente à atuação governamental”¹²⁰.

Esta fase de passagem entre o absolutismo e Estado liberal caracteriza-se pelo fim do monopólio individual, em que um único indivíduo, o rei, controla a violência e a tributação, e o começo de monopólios públicos¹²¹. Neste contexto, a Revolução Francesa consiste em exemplo de um primeiro passo da quebra dos monopólios da violência e da tributação do rei em favor classes sociais mais amplas¹²².

Eros Roberto Grau, no entanto, destaca que essa transformação “dos monopólios pessoais em monopólios públicos”¹²³ apenas ocorre de maneira formal, posto que, mesmo que os monopólios do rei tenham perecido, uma vez transferidos ao Estado, quem os possui agora é a burguesia, que assume o controle deste Estado.

Neste mesmo sentido, Paulo Bonavides¹²⁴ - denominando o Estado Liberal de primeiro Estado Jurídico e compartilhando a noção de que a Revolução Francesa é

¹¹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari, **Direito Administrativo Ordenador**, São Paulo, Editora Malheiros, 2003, p. 9.

¹²⁰ Ibid., p. 9.

¹²¹ GRAU, 2008, p. 14-15.

¹²² ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**, Vol. 2, Rio de Janeiro, Zahar, 1993, p. 140-141.

¹²³ GRAU, Op. Cit. p. 15.

¹²⁴ BONAVIDES, 2014, p. 42

paradigmática no processo de mudança, especialmente porque este novo Estado corresponde “tão somente à concepção burguesa da ordem política”¹²⁵ - afirma que:

A burguesia, classe dominada, a princípio e, em seguida, classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social. E, tanto antes como depois, nada mais fez do que generalizá-los doutrinariamente como ideias comuns a todos os componentes do corpo social. Mas, no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já se não interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe.

O pensamento liberal defendia que o Estado deveria abster-se de interferir na ordem natural da economia. Isto porque entendia Estado e sociedade como singulares que existem de forma separada um do outro¹²⁶. Assim, no período em que esta doutrina predominou “o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo”¹²⁷. Portanto, “o poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade”¹²⁸.

Nesta fase, marcada por um Estado mínimo, cunhou-se a noção de poder de polícia como uma imposição de limites negativos, em especial ao exercício dos direitos de liberdade e propriedade visando à convivência dos direitos dos indivíduos¹²⁹. Não por acaso, Celso Antonio Bandeira de Mello¹³⁰, que define polícia administrativa como:

(...) pode-se definir a Polícia Administrativa como a atividade da Administração Pública expressa em atos normativos ou concreto, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação, ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (*non facere*) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.

¹²⁵ Ibid., p. 42.

¹²⁶ GRAU, 2008, p. 16.

¹²⁷ BONAVIDES, 2014, p. 40.

¹²⁸ Ibid., p.40.

¹²⁹ SUNDFELD, 2003, p. 14.

¹³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, **Elementos de direito administrativo**, 3 ED, São Paulo, Malheiros, 1981, p. 176.

Ressalte-se que, mais adiante, será explicada a utilização do termo “polícia administrativa” no escólio de Celso Antonio acima mencionado, visto que este é, especificamente, a manifestação do Poder de Polícia no sentido estrito, atinente aos atos no exercício da função administrativa, sem abarcar atos do legislador em sua função típica.

O modelo absenteísta de Estado, minimamente preocupado com a intervenção no domínio econômico, tornou-se obsoleto na transição entre os séculos XIX e XX¹³¹, momento em que demandas sociais passaram a exigir uma atuação mais positiva. Desta demanda surge o Estado Social, que “nasce sob a vocação de atuar no campo econômico (...) à substituição e compensação do mercado”¹³².

Esta superação de modelos estatais está fundamentada nas imperfeições do liberalismo, como a incapacidade de autorregulação dos mercados, ou ainda, a recusa do modelo liberal clássico em reconhecer problemas advindos do poder econômico¹³³.

O liberalismo clássico sofre pesadas críticas também com relação à realização de valores como igualdade e fraternidade. No que diz respeito à primeira, “alcançava concreção exclusivamente no nível formal”¹³⁴ e, o problema da igualdade formal, é que “encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato (...) [é a] real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão somente a liberdade de morrer de fome”¹³⁵. Quanto à segunda, “a toda evidência não poderia ser lograda no seio de uma sociedade na qual compareciam o egoísmo e a competição como motores da atividade econômica”¹³⁶.

Ao contrário do egoísmo identificado no modelo liberal, o novo modelo - de Estado Social - é pautado por um princípio solidário, o qual se manifesta em cláusulas que demonstram preocupação com o bem estar, como é caso, por exemplo, dos sistemas de seguridade social, ou ainda, da adoção de políticas inclusivas para mulheres ou pessoas com deficiência¹³⁷.

¹³¹ BONAVIDES, 2014, p. 34.

¹³² GRAU, 2008, p. 17.

¹³³ Ibid., p. 20.

¹³⁴ Ibid., p.20.

¹³⁵ BONAVIDES, Op. Cit. p. 61.

¹³⁶ GRAU, Op. Cit. p. 20.

¹³⁷ GABARDO, p. 184.

Há, a partir de então, “a substituição da preocupação econômica com os resultados, pela preocupação jurídica com os valores (...)”¹³⁸, o que se espera, portanto, é “igualdade de oportunidades, inclusão no mercado, conhecimento das melhores opções econômicas e sociais, cooperação”¹³⁹ estes aspectos, “menos que resultados econômicos, passam a compor o quadro valorativo de construção de uma democracia econômica”¹⁴⁰.

Sobre o tema, Carlos Ari Sundfeld¹⁴¹ afirma que:

(...), modernamente, a interferência estatal se intensificou e mudou de qualidade, por conta da superação do liberalismo clássico. O Estado Social, mais do que pretender a harmonização dos direitos individuais, impõe projetos a serem implementados coletivamente: o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades, a proteção do meio ambiente, a preservação do patrimônio histórico. De atuação restrita ao campo microjurídico, o Estado avançou para o setor do macrojurídico¹⁴².

Dentro do novo contexto que surge, Eros Roberto Grau critica, inclusive, a denominação de ‘intervenção do Estado no domínio econômico’ alegando que o termo ‘intervenção’ “tem como pressuposta a concepção da existência de uma cisão entre Estado e sociedade civil”¹⁴³. Para o autor, no entanto, “essa concepção é (...) equivocada. Família, sociedade civil e Estado são manifestações, que não se anulam entre si, manifestações de uma mesma realidade, a realidade do homem associando-se a outros homens”¹⁴⁴.

No mesmo sentido, Paulo Bonavides aponta que “o Estado Social despontou para conciliar de forma duradoura e estável a Sociedade com o Estado, conforme intentamos demonstrar. O Estado Social de hoje é, portanto, a chave das democracias do futuro”¹⁴⁵.

¹³⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto, *Regulação e Desenvolvimento*, In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.) **Regulação e Desenvolvimento**, São Paulo, Malheiros Editores, 2002, p. 57.

¹³⁹ Ibid., p. 57.

¹⁴⁰ Ibid., p.57.

¹⁴¹ SUNDFELD, 2003, p. 14.

¹⁴² Carlos Ari Sundfeld esclarece que é de Eros Roberto Grau a terminologia “microjurídico” e “macrojurídico”: “O que marca definitivamente a distinção entre os tratamentos macro e microjurídico é o objeto a que se refere a norma ou o conjunto de normas jurídicas. Assim, alinha-se como objeto do tratamento microjurídico a unidade de atividade e de sujeito, ao passo que o tratamento macrojurídico tem como objeto agragados de atividades e de sujeitos” (SUNDFELD, Op. Cit. 2003, p. 14).

¹⁴³ GRAU, 2008, p. 19.

¹⁴⁴ Ibid, p. 19.

¹⁴⁵ BONAVIDES, 2014, p. 38.

O fim do Estado Liberal clássico, portanto, é marcado pelo avanço para uma “ideia mais democrática da participação total e indiscriminada [do] (...) homem na formação da vontade estatal”¹⁴⁶. A segunda metade do século XX anuncia que “do princípio liberal chega-se ao princípio democrático. Do governo de uma classe, ao governo de todas as classes”¹⁴⁷.

Segundo escólio de Emerson Gabardo, “O equilíbrio entre o reconhecimento das conquistas históricas do passado e a projeção para um futuro a ser construído com base em um modelo democraticamente estabelecido”¹⁴⁸ como seu maior desafio, que exige:

(...) redução por meio coletivo das desigualdades e a consagração de uma alteridade republicana. Estas são as duas características essenciais passíveis de forjar qualquer Estado que possua a pretensão de ser reconhecido como social na atualidade. E, felizmente, este é o Estado que está previsto na Constituição Federal de 1988. A partir desta relação indissociável entre a Constituição e o Estado, torna-se possível identificar três princípios básicos de ordenação das instituições políticas no regime democrático: a) o reconhecimento dos direitos fundamentais, que o poder deve respeitar; b) a representatividade social dos dirigentes e da sua política; e c) a consciência de cidadania, do fato de pertencer a uma coletividade fundada sobre o direito.

Uma vez reconhecido o fato de que este modelo foi o adotado pela CRFB/88, a própria leitura do texto constitucional serve ao propósito de levantar questões abordadas, mesmo que de forma superficial, em seguida. O artigo 1º da CRFB/88 já anuncia como fundamentos da República, entre outros, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, da mesma forma que o artigo 3º expressa que são objetivos da República construir uma sociedade livre, justa e solidária, além de erradicar pobreza e marginalização, diminuir as desigualdades e garantir o desenvolvimento nacional.

Ainda, a CRFB/88 amplia as funções do Poder Público, “basta o haver-se atribuído constitucionalmente ao Estado a proteção dos consumidores (art. 5º, XXXII), da saúde (art. 23, II), do patrimônio cultural (art. 23, III e IV), do meio

¹⁴⁶ Ibid., p. 43.

¹⁴⁷ Ibid., p. 43.

¹⁴⁸ GABARDO, 2009, p. 170-171.

ambiente (art. 23, VI e VII)¹⁴⁹ para compreender como os rótulos de um outro momento do Estado tornam-se insuficientes.

Esta moldura constitucional, aparentemente, demanda mais do Estado e da Administração pública do que a clássica concepção de poder de polícia, que não responde perguntas que exigem ações governamentais positivas, ou mesmo ações positivas por parte dos particulares, como é o caso da função da propriedade, que não será realizada na simples observância de comandos negativos, ou de não fazer¹⁵⁰.

Em verdade, parte da doutrina vê como inadequada a manutenção da expressão “poder de polícia”, posto que esta seria uma “expressão inconveniente, porque ligada à realidade jurídica que não mais vigora”¹⁵¹.

Sem o devido aprofundamento, posto que não é este o escopo da presente dissertação, tem-se como exemplo do acima citado a construção de Carlos Ari Sundfeld, para quem:

Não convém falar em poder de polícia porque ele: a) remete a um poder – o de regular autonomamente as atividades privadas – de que a Administração dispunha antes do Estado de Direito e que, com sua implantação, foi transferido para o legislador; b) está ligada ao modelo de Estado liberal clássico, que só devia interferir na vida privada para regulá-la negativamente, imponto deveres de abstenção, e, atualmente, a Constituição e as leis autorizam outros gêneros de imposição; c) faz supor a existência de um poder discricionário implícito para interferir na vida privada que, se pode existir em matéria de ordem pública – campo para o qual o conceito foi originalmente cunhado – não existe em outras, para as quais a doutrina transportou-o acriticamente, pela comodidade de seguir usando velhas teorias.

Carlos Ari Sundfeld sugere a noção de administração ordenadora. O autor nega a existência de uma faculdade da administração apartada de outros poderes, cuja finalidade é a limitação dos direitos individuais. O novo modelo impõe à administração pública que seus atos sejam voltados inteiramente para a fiel aplicação da lei, que detêm o monopólio de regular originariamente quaisquer direitos¹⁵².

¹⁴⁹ SUNDEFELD, 2003, p. 12.

¹⁵⁰ Ibid., p. 12.

¹⁵¹ Ibid., p. 17.

¹⁵² Ibid., p. 17.

Nas palavras do autor, “enquanto a noção de poder de polícia surgiu para realçar o suposto poder de a Administração interferir na liberdade e propriedade, regulando-as em nome da boa ordem da coisa pública, a de administração ordenadora nasce justamente para nega-lo (...)”¹⁵³.

No mesmo sentido, Calixto Salomão Filho afirma que “(...) a concepção claramente liberal e passiva do poder de polícia não é suficiente para atender às necessidades de sistemas econômicos com tantas imperfeições estruturais como são as modernas economias capitalistas”¹⁵⁴.

Contudo, conforme dito anteriormente, esta disputa doutrinária, embora instigante e de grande importância, é demasiado complexa. Em última análise, a proposta do presente capítulo centra-se na compreensão do conceito de “dever-poder sancionador” e de “sanção administrativa”.

Importa, portanto, saber que este modelo de Estado Social que, aparentemente, é o modelo adotado pela CRFB/88, traz um Estado preocupado com o bem estar, então, quais as modalidades de intervenção previstas pelo ordenamento, ou seja, como o Estado age para abordar os problemas da autorregulação de mercado que parece falhar, torna-se tema de extrema importância para a futura compreensão do dever-poder sancionador.

Mas antes da análise de doutrina sobre as modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico, cabe ressaltar que “os particulares são os principais atores da ordem econômica brasileira. Tem eles direito subjetivo à livre concorrência e à busca do lucro e o dever jurídico de observarem os princípios de funcionamento da atividade econômica”¹⁵⁵.

Luís Roberto Barroso divide os princípios da ordem econômica arrolados no artigo 170 da CRFB/88 em princípios de funcionamento, que estariam ligados “à dinâmica das relações produtivas”¹⁵⁶, e princípios-fim, que diriam respeito aos “objetivos que a ordem econômica (...) como um todo deverá atingir”¹⁵⁷.

De um lado, os princípios de funcionamento seriam os previstos nos incisos I, II, III, IV, V e VI e, de outro lado, estariam os princípios-fins, previstos nos incisos VII

¹⁵³ Ibid., p. 18.

¹⁵⁴ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 57.

¹⁵⁵¹⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto, *A ordem econômica constitucional e os limites à atuação Estatal no controle de preços*, In: **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n 14, junho/agosto, 2002, Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>, Acesso em: 26 de junho de 2016, p. 15.

¹⁵⁶ Ibid., p. 8.

¹⁵⁷ Ibid., p. 11.

e VIII, todos do artigo 170 da CRFB/88, acrescidos da existência digna para todos e da expansão das empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país¹⁵⁸.

Segundo o autor, os princípios de funcionamento vinculam todos os atores da ordem econômica (Estado e particulares), enquanto que os princípios-fins “descrevem uma realidade fática desejada pelo constituinte e comandada ao Poder Público”¹⁵⁹.

Desta forma, o papel do Estado é a “preservação e a promoção dos princípios de funcionamento e a implementação de programas para a realização dos princípios fins”¹⁶⁰, ou seja, dentre os papéis do Estado, está “fiscalizar o regular atendimento, pela iniciativa privada, dos princípios de funcionamento da ordem econômica”¹⁶¹ e levar em conta os princípios-fins para determinar “a política econômica estatal”¹⁶².

3.2 MODALIDADES DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Baseado na compreensão, até aqui apresentada, é possível identificar três modalidades de intervenção do Estado, a saber, a) a atuação direta, b) os incentivos à iniciativa privada e c) o poder de polícia¹⁶³. Há parte da doutrina que adota diferentes classificações, ressalta-se, mas esta é útil e suficiente para o que se pretende construir no presente trabalho.

Neste estudo adotou-se um recorte metodológico visando enfatizar a terceira modalidade de intervenção, tendo em vista à problemática proposta na introdução. Sendo assim, a abordagem das duas primeiras modalidades far-se-á de maneira mais suscinta, para que, a seguir, o poder de polícia possa ser explorado em tópico apartado.

¹⁵⁸ Ibid., p. 8-12.

¹⁵⁹ Ibid., p. 11.

¹⁶⁰ Ibid., p. 12.

¹⁶¹ Ibid., p. 13.

¹⁶² Ibid., p. 13.

¹⁶³ Ibid., p. 17.

A atuação empresarial, compreendida pela doutrina como uma intervenção direta, pode se dar pela exploração de atividade econômica, ou pela prestação de serviços públicos¹⁶⁴. Neste sentido, algumas questões devem ser abordadas.

O artigo 175 da CRFB/88 prevê o dever estatal de prestar serviços públicos, seja de forma direta, ou por meio de concessões e permissões, nestes dois últimos casos, precedidas de licitação. Há, no entanto, uma falta de consenso doutrinário sobre o conceito de serviços públicos¹⁶⁵.

Dinorá Adelaide Musetti Grotti identifica um conceito inicial, político, de direito público, cuja construção remonta o contrato social de Rousseau e compreende qualquer atividade estatal¹⁶⁶. No Estado liberal, o serviço público ganhou um conceito técnico jurídico, composto por três elementos presentes de forma uniforme na doutrina: a) o subjetivo, que apontava o serviço público como aquele prestado pelo Estado, b) o material, que aponta o serviço público como aquele que tem como objetivo a satisfação de necessidades coletivas e, c) um elemento formal, que determina que o serviço público é exercido sob regime de Direito Público¹⁶⁷.

A autora destaca, no entanto, que desde a década de 1950 já era possível encontrar doutrinadores que mencionam uma crise de conceito, tendo em vista que aqueles citados elementos, até então compreendidos como essenciais, não se mostravam presentes em todos os casos identificados como serviços públicos. No, “Brasil o entendimento doutrinário corrente continua a privilegiar a concepção formal”¹⁶⁸.

Não há sequer consenso doutrinário sobre que serviços prestados pelo Estado são públicos e quais não o são. Ericson Meister Scorsim destaca que parte da doutrina compreende que somente os serviços cuja titularidade é única e exclusiva do Estado são, de fato, serviços públicos¹⁶⁹. Em sentido contrário, Eros Roberto Grau afirma que, de fato, os serviços públicos podem ser de caráter privativo e prestados pelo Estado, ou por particulares em regime de concessão ou

¹⁶⁴ Ibid., p. 17.

¹⁶⁵ FRANÇA, Vladimir da Rocha, *Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor*, In: **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n 6, junho/julho/agosto, 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acessado em: 08 de outubro de 2015, p. 2.

¹⁶⁶ MUSETTI GROTTI, Dinorá Adelaide, *Teoria dos serviços públicos e sua transformação*, In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.), **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo, Editora Malheiros, 2006, p. 39.

¹⁶⁷ Ibid., p. 42.

¹⁶⁸ Ibid., p. 43.

¹⁶⁹ SCORSIM, Ericson Meister, *Serviços Públicos*, In: HAGER, Marcelo (Coord.), **Curso de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 170-171.

permissão, mas, existem também os serviços públicos de caráter não privativo, que configuram atividade econômica quando prestados por particulares e serviços públicos quando prestados pelo Estado^{170,171}.

Vladimir da Rocha França ressalta que “o serviço público compreende a prestação de utilidade ou comodidade material para os administrados”¹⁷², sendo correto afirmar que este aspecto material serve para “diferencia-lo do poder de polícia (...)”¹⁷³. O autor, no entanto, reconhece não é suficiente para conceituar serviços públicos adequadamente

O posicionamento de Alexandre Santos de Aragão, para quem serviços públicos são “as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por meio de seus delegatários (...), com vistas ao bem-estar da coletividade”¹⁷⁴, parece adequado, posto que, segundo o próprio autor, “é inferível da Constituição Federal de 1988”¹⁷⁵.

Ainda dentro da modalidade de atuação direta, em caráter excepcional, conforme disposto no artigo 173 da CRFB/88, também é possível que o Estado explore atividade econômica. Isto pode ocorrer em regime de monopólio (caso do previsto, por exemplo, no artigo 177 da CRFB/88, ressalvadas as alterações da EC 9/95), ou porque a atividade em questão é afeta à segurança nacional ou de relevante interesse coletivo¹⁷⁶.

Sobre o assunto é importante destacar que, nos casos em que atua como agente direto na ordem econômica - por meio de empresas públicas ou sociedades de economia mista - o Estado deve submeter-se às mesmas condições de

¹⁷⁰ GRAU, 2008, p. 140-149.

¹⁷¹ Destaque-se que para Eros Roberto Grau, atividade econômica engloba a atividade econômica em sentido estrito e os serviços públicos, ou seja, “inexiste, em um primeiro momento, oposição entre atividade econômica e serviço público; pelo contrário, na segunda expressão está subsumida a primeira” e, ainda “A prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podermos afirmar que o serviço público é um tipo de atividade econômica”. (GRAU, Op. Cit. 2008, p. 101).

¹⁷² FRANÇA, 2006, p. 4.

¹⁷³ Ibid., p. 4.

¹⁷⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de, *O conceito de serviços públicos no direito constitucional brasileiro*, In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n 17, fevereiro/março/abril, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acessado em 25 de agosto de 2015, p. 31.

¹⁷⁵ Ibid., p.31.

¹⁷⁶ BARROSO, 2002, p. 17.

particulares que exploram igual atividade, conforme previsão expressa do artigo 173, parágrafo 1º, inciso II da CRFB/88.

Quanto à segunda modalidade de intervenção, trata-se de outra forma de atividade administrativa também visando atender anseios coletivos. Mas aqui, o Estado não o faz diretamente e sim através da promoção de certas atividades desenvolvidas por particulares, “por meios de fatos, atos e procedimentos que em si, mesmos não tendem a obter a satisfação das necessidades coletivas (...) a esta atividade administrativa denomina-se fomento”¹⁷⁷.

Esta atividade, diferente dos serviços públicos, “não configura uma prestação obrigatória da Administração”¹⁷⁸, conforme escólio de José Roberto Pimenta Oliveira¹⁷⁹:

(...) diferentemente das relações jurídicas nascidas sob a égide do Direito Administrativo Ordenador e do Direito Administrativo Sancionador, as relações jurídico-administrativas surgidas sob a égide da técnica promocional são estruturadas a partir da adesão dos administrados à constituição dos referidos vínculos, teleologicamente orientados à satisfação indireta de interesses públicos específicos. Esta dimensão dota o fomento de singularidade, em face da atividade ordenadora e prestacional. Assim, a distinção não estão no elemento finalístico comum a toda função administrativa, mas no *modus operandi*, ou seja, na técnica jurídica operativa de estruturação ou criação do vínculo jurídico-administrativo entre particular fomentado e Administração fomentadora, em vista do interesse público colimado pela lei.

Ou seja, tendo em vista a satisfação de um interesse público específico, o legislador deve estabelecer um marco normativo, cuja finalidade seja atrair os particulares que desempenhem atividade, quem iram satisfazer de forma direta a necessidade coletiva que motivou a ação estatal em um primeiro momento¹⁸⁰.

Nesse sentido, a vantagem do fomento seria “não expandir a máquina estatal e, ao mesmo tempo, (...) revigorar o atuar dos particulares, incitando-os a desenvolver atividades em prol da coletividade”¹⁸¹.

¹⁷⁷ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da, **Terceiro setor**, São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 22.

¹⁷⁸ Ibid., p. 27.

¹⁷⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta, **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**, São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 516.

¹⁸⁰ Ibid., p. 516.

¹⁸¹ ROCHA, Op. Cit. p. 26.

Esta atividade administrativa pode se dar por alguns meios, a saber, a) o fomento honorífico, b) o fomento econômico e c) o fomento jurídico.

O fomento honorífico é aquele em que a administração atua concedendo “títulos, distinções, condecorações que atuam sobre o conceito e o sentimento de honra que existe em toda a pessoa”¹⁸².

O fomento econômico, por sua vez, pode ser subdividido em meios reais, fiscais, creditícios, e econômicos em sentido estrito. Os meios reais se dão pela prestação ou dação de serviços e coisas de domínio da administração sem que isso gere encargos para o particular. Os meios fiscais se dão por isenções tributárias, reduções de alíquota, diferimentos, etc. e, os meios creditícios estabelecem linhas de crédito diferenciadas para os particulares aderentes. Finalmente, os meios econômicos em sentido estrito são compostos por subvenções, auxílios e outras vantagens financeiras dadas pela Administração pública diretamente aos agentes privados fomentados¹⁸³.

Por último, a Administração Pública pode se valer do fomento jurídico, que se manifesta na forma de “outorga direta aos beneficiários de determinadas posições jurídicas, quase sempre consistentes na dispensa, isenção ou suspensão de proibições estabelecidas pelas leis ou regulamentos”¹⁸⁴.

Embora cada uma das duas modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico apresentadas até aqui mereça ser explorada com maior profundidade, a presente pesquisa concede maior para a intervenção denominada “poder de polícia”, motivo pelo qual será tratada em tópico apartado.

3.3 PODER DE POLÍCIA

Visto que anteriormente foi mencionada a crítica à manutenção do termo ‘poder de polícia’, faz-se necessária uma breve explicação quanto ao uso da denominação. A crítica guarda relação com a concepção autoritária do Direito

¹⁸² Ibid., p. 35.

¹⁸³ Ibid., p. 36-37.

¹⁸⁴ Ibid., p. 38.

Administrativo, aparentemente presente na palavra ‘poder’, que compõe a expressão¹⁸⁵.

Neste sentido, uma leitura analítico-crítica da doutrina produzida sob a égide de um modelo de Estado de atuação predominantemente imperativa demonstra que “o direito administrativo centrava-se na ideia de poder, de prerrogativas, de privilégios disponíveis pela Administração Pública em sua luta contra os abusos eventualmente perpetrados pelos particulares”¹⁸⁶.

A origem do termo e seu “timbre autoritário”¹⁸⁷, segundo Carlos Ari Sunfeld, tornaram “inevitável que, para enquadrar a ciência jurídico-administrativa na realidade do Estado de Direito, fosse proposta a eliminação da própria ideia de poder de polícia”, mas as críticas parecem tomar por inalterável o conteúdo indicado pela expressão, ‘poder de polícia’, sem que seja possível adequar esta e seu conteúdo aos ordenamentos jurídicos atuais¹⁸⁸.

Embora se reconheça que a crítica ao uso do termo é pertinente, lembrar que a legislação pátria faz uso do termo ‘poder de polícia’ em mais de uma ocasião, inclusive lhe dando contornos, como é o caso do previsto no artigo 78 do Código Tributário Nacional, destacando, que seu exercício deve ser necessariamente pautada pelos limites da lei¹⁸⁹, conforme entendimento de Daniel Ferreira.

Isto parece estar de acordo com os contornos da administração ordenadora, que “é a parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhes é próprio”¹⁹⁰.

Assim, a doutrina clássica de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹¹ faz uma distinção entre o poder de polícia e polícia administrativa que, embora brevemente, deve ser abordada aqui visando esclarecer, exatamente, do que se está a tratar. Desta forma, o escólio do autor sobre o tema:

¹⁸⁵ SUNDFELD, 2003, p. 11.

¹⁸⁶ Ibid., p. 353

¹⁸⁷ Ibid., p. 11.

¹⁸⁸ BEZOS, Clóvis, **Poder de polícia**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1979, p. 47-57.

¹⁸⁹ MEDAUAR, Odete, **Direito administrativo moderno – de acordo com a EC n 19/98**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, *apud* FERREIRA, 2007, p. 360.

¹⁹⁰ SUNDFELD, Op. Cit. p. 20.

¹⁹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, **Curso de direito administrativo**, São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 809.

A atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos designa-se “poder de polícia”. A expressão, tomada neste sentido amplo, abrange tanto atos do Legislativo como do executivo. Refere-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delineia a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos. (...). A expressão ‘poder de polícia’ pode ser tomada em sentido mais restrito, relacionando-se unicamente com as intervenções, quer gerais quer abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais. Esta acepção mais limitada responde à noção de polícia administrativa.

O poder de polícia em sentido mais amplo, portanto, diz respeito à atividade legislativa e as leis emanadas com o intuito de regular o exercício dos direitos de liberdade e propriedade¹⁹². Ocorre que a presente pesquisa não pretende se debruçar sobre esta atividade estatal.

Para a compreensão do Poder de Polícia no exercício da função administrativa, ou, como referido acima, Polícia Administrativa, adotou-se o conceito proposto por Daniel Ferreira¹⁹³, no sentido de que:

Atividade da Administração Pública expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (“*non facere*”) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.

A partir deste conceito torna-se possível vislumbrar três momentos distintos de manifestação da potestade administrativa em comento. O primeiro, diz respeito à confecção de atos normativos infralegais, servindo de exemplo os regulamentos, portarias, resoluções, instruções normativas, etc. cujo objetivo é dar fiel aplicação à lei que lhes fundamenta¹⁹⁴.

¹⁹² FERREIRA, 2007, p. 364.

¹⁹³ Ibid., p. 370.

¹⁹⁴ Ibid., p. 369.

Trata-se de uma “capacidade normativa de conjuntura”¹⁹⁵, uma atividade fruto de análise das condições socioeconômicas de cada setor, que deve considerar as consequências da norma regulamentada para os agentes, visando conservar valores de livre iniciativa, livre concorrência e demais princípios de ordem econômica¹⁹⁶.

Esta primeira manifestação é de grande importância na sociedade contemporânea, visto que os avanços tecnológicos e a grande diversidade de setores que demandam regulação tornam virtualmente impossível ao legislador acompanhar o fenômeno. Assim, cada vez mais, a atividade legislativa deve preocupar-se com o balizamento, deixando para os atos infralegais a tarefa de lidar com o dinamismo e a contínua tecnicização¹⁹⁷.

A segunda manifestação de Polícia Administrativa é a de fiscalização. Neste caso, a Administração Pública atua tanto de forma preventiva, verificando condições fáticas e jurídicas que possam colocar em risco o público - esta atuação tem como exemplo a verificação da qualidade, quantidade e validade de produtos colocados à venda, - ou ainda, de forma repressiva, na interdição de estabelecimentos encontrados em condições insalubres, por exemplo.¹⁹⁸.

A fiscalização é consequência, justamente, da regulação. Se a primeira manifestação mencionada prescreve condutas, ao mesmo tempo exige que as condutas reguladas sejam monitoradas, razão pela qual, esta atividade diz respeito à concessão de autorizações e licenças, fruto da verificação do atendimento de exigências prescritas em normas de polícia administrativa¹⁹⁹.

Sobre o tema, Heraldo Garcia Vitta esclarece que “a polícia administrativa previne (...) regulamentando, formulando ordens ou proibições individuais [e] (...) reprime empregando força para assegurar o respeito de suas ordens e proibições, sem recorrer à intermediação do juiz”²⁰⁰.

Neste ponto é importante ressaltar que estas medidas de polícia administrativa de fiscalização, embora possam ter caráter repressivo, não devem ser confundidas com a sanção administrativa. As medidas, mesmo que repressivas, impostas pela administração neste específico momento fiscalizador tem caráter

¹⁹⁵ PEREIRA, Flávio Henrique Unes, **Regulação, fiscalização e sanção**: fundamentos e requisitos da delegação do exercício do poder de polícia administrativa a particulares, Belo Horizonte, Fórum, 2013, p. 73.

¹⁹⁶ Ibid., p. 73.

¹⁹⁷ Ibid., p. 73.

¹⁹⁸ FERREIRA, 2007, p. 369.

¹⁹⁹ PEREIRA, Op. Cit. p. 76-77.

²⁰⁰ VITTA, Heraldo Garcia, **Poder de polícia**, São Paulo, Malheiros Editores, 2010, p. 24.

cautelar, visam ou proporcionar a posterior verificação do ilícito administrativo, ou interromper uma atividade, por exemplo, insalubre, que esteja a promover desordem pública ou potencialmente colocando o consumidor em risco²⁰¹.

Em outras palavras, não é possível confundir uma medida cautelar, fruto do regular exercício do poder de polícia fiscalizador, visando manter a ordem pública em casos de urgência, estas medidas, razão do porque denominam-se cautelares, são providências que garantem a apuração e posterior comprovação de uma infração. Esta é a razão pela qual, caso não se verifique a infração, estas medidas deve ser levantadas e eventual responsabilidade civil apurada²⁰².

Da mesma forma que a fiscalização é imposição da regulação, a apuração de comportamentos diversos do desejado nesta atividade exige uma resposta, ou seja, “o regular exercício do poder de polícia (...) poderá ocasionar a apuração, *in concreto*, de desconformidades da conduta do fiscalizado aos parâmetros e requisitos legalmente estabelecidos (em normas primárias)”²⁰³. Se este for o caso, então “haverá incidência e aplicação das correlatas sanções administrativas, previstas em normas secundárias”²⁰⁴.

A terceira forma é, justamente, o momento que, “com índole manifestamente repressiva, mas voltada ao desencorajamento de incursões em infrações, poderá a polícia administrativa exteriorizar-se mediante imposição (e aplicação, quando materialmente possível) de sanções”²⁰⁵. Neste momento, os requisitos de validade passam também pelo crivo da legalidade, mas devem obedecer ao “prévio contraditório e à ampla defesa”²⁰⁶.

Ainda sobre o tema, Flávio Henrique Unes Pereira destaca que “sancionar significa impor determinada consequência desfavorável a alguém em razão do cometimento de ilícito”²⁰⁷, o que reforça a diferença entre medidas de fiscalização, mesmo que de caráter repressivo, e medidas de sanção.

Este momento de manifestação do poder de polícia, em sua faceta de polícia administrativa, é, especificamente, o momento de intervenção do Estado no domínio

²⁰¹ FERREIRA, 2007, p. 378.

²⁰² VITTA, Heraldo Garcia, **A sanção no direito administrativo**, São Paulo, Malheiros Editores, 2003, p. 22.

²⁰³ SILVA, Paulo Roberto Coimbra. **Direito Tributário Sancionador**, São Paulo, Quartier Latin, 2007, p. 106.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 106.

²⁰⁵ FERREIRA, Op. Cit. p. 369.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 379.

²⁰⁷ PEREIRA, 2013, p. 78.

econômico que mais interessa ao presente estudo, razão pela qual será explorada com maior detalhamento.

3.4 SANÇÃO JURÍDICA E SANÇÃO ADMINISTRATIVA

As formulações positivistas sobre o direito frequentemente definem este em função da coação, compreendendo que este é um elemento essencial. Esta concepção é contemporânea de importantes teorizações sobre o Estado moderno, remontando uma tradição Hobbesiana, que terminará por influenciar pensadores como Christian Thomasius no século XVII e, já no século XX, Hans Kelsen, passando por Grócio, Kant e Jhering, e, embora existam teorias que se opõem à definição em função da coação, estas não parecem suficientes para afastar a validade do argumento²⁰⁸.

Assim sendo, partindo-se da premissa de que “uma ordem social que busca efetuar nos indivíduos a conduta desejada através da decretação de (...) medidas de coerção é chamada ordem coercitiva”²⁰⁹, e “o Direito é uma ordem coercitiva”²¹⁰, porque, de fato, “ameaça atitudes socialmente danosas com medidas de coerção”²¹¹, então se tem que esta coerção é elemento essencial do direito e, portanto, “as normas que formam uma ordem jurídica devem ser normas que estipulam um ato coercitivo, *i.e.* uma sanção”²¹².

Portanto, para Kelsen, “o sentido da ordem jurídica é que certos males devem, sob certos pressupostos, ser aplicados, que – numa fórmula mais genérica – determinados atos de coação devem, sob determinadas condições, ser executados”²¹³ ou ainda, “se o direito é concebido como uma ordem de coerção, isto é, como uma ordem estatuidora de atos de coerção, então a proposição jurídica que descreve o Direito toma a forma da afirmação segundo a qual, sob certas condições

²⁰⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, São Paulo, Ícone, 2006, p. 147-151.

²⁰⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, Tradução: Luís Carlos Borges, 4ª ED, São Paulo, Martins Fontes, 2005, p.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 27.

²¹¹ *Ibid.*, p. 26.

²¹² *Ibid.*, p. 62.

²¹³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, Tradução: João Baptista Machado, 8ª ED, São Paulo, Martins Fontes, 2009, p. 48-49.

ou pressupostos pela ordem jurídica determinados, deve executar-se um ato de coação, pela mesa ordem jurídica especificado”²¹⁴.

Assim sendo, a formulação da norma jurídica construída por Hans Kelsen pode ser expressada de forma que Se é A, deve ser B, ou ainda, como sugere Norberto Bobbio, Se é A, B deve ser executado²¹⁵. Nesta formulação prescritiva, ‘A’ prescreve a conduta proibida ou permitida e ‘B’ prescreve qual a sanção a ser executada no caso de comportamento contrário ao desejado²¹⁶. Desta formulação, conclui-se que “as sanções constituem um elemento necessário dentro da estrutura jurídica”²¹⁷ e que, portanto, “uma regra é uma regra jurídica porque ela prevê uma sanção”²¹⁸.

Há, no entanto, quem discorde da ideia de Kelsen de sanção como elemento constitutivo da norma jurídica. Norberto Bobbio, destaca que sempre existiram normas jurídicas individualmente consideradas desprovidas de sanção²¹⁹. Neste caso, quando se analisa o elemento secundário da norma, trata-se de eficácia, não de juridicidade. Como exemplo, tem-se as leis permissivas, que, apesar de preverem um comportamento facultativo, cuja realização é direito do cidadão tanto quanto a não realização, são, tanto quanto as leis que prescrevem comportamentos proibidos, com a devida sanção atrelada, norma jurídica²²⁰. No entanto, este debate sobre teorias imperativas e a juridicidade de normas que não preveem sanções estão fora do escopo temático da presente dissertação.

Há dois pontos que devem ser abordados, mesmo que de forma superficial, nestas noções preliminares sobre sanção. O primeiro ponto é o da resposta à violação como critério para demarcação das normas de natureza jurídica, em oposição a normas morais ou sociais. E o segundo ponto diz respeito ao destinatário da norma, detentor da competência para aplicação da sanção prevista para o comportamento contrário ao desejado.

No que concerne o primeiro ponto, Norberto Bobbio lecionava que uma norma jurídica prescreve um ‘dever ser’, no entanto, ações reais, em vários momentos, não correspondem à ação prescrita. A verificação dessa discrepância entre o prescrito e

²¹⁴ Ibid., p. 121.

²¹⁵ BOBBIO, 2006, p. 193.

²¹⁶ Ibid., p.193.

²¹⁷ KELSEN, 2005, p. 41.

²¹⁸ Ibid., p.41.

²¹⁹ FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**, São Paulo, Editora Malheiros, 2001, p. 16.

²²⁰ Ibid., p.16.

o havido, dadas as circunstâncias adequadas, resulta no conceito de ilícito e o momento da resposta à violação, ou ao ilícito, acarreta na noção de sanção²²¹.

Destaque-se, no entanto, que outros sistemas, como o social e o moral, também possuem “sanção”, mas a sanção jurídica, que auxilia na compreensão da natureza da norma jurídica, caracteriza-se por ser sempre externa e institucionalizada²²². Sanções morais, por exemplo, são internas, ou seja, compreendendo a sanção como “consequência desagradável da violação, cujo fim é prevenir a violação ou (...) eliminar suas consequências nocivas”²²³, as de natureza moral são impostas pelo próprio indivíduo na forma de um sentimento de culpa, angústia ou incômodo.

É possível, ainda, compreender a existência de sanções sociais, que atendem o critério de externalidade, mas, não há institucionalização, ou seja, não há um grupo de regras cujo objetivo é guiar a aplicação da sanção visando garantir uma proporcionalidade entre violação e resposta²²⁴.

Até o momento, portanto, já parece claro que em um ordenamento jurídico, para toda violação de uma regra primária, que prescreve comportamento, há uma sanção respectiva que lhe é atrelada. É possível afirmar também que, como característica definidora da norma de caráter jurídico, essa sanção é externa e institucionalizada, especialmente para que a resposta à violação seja proporcional a esta²²⁵.

Neste mesmo sentido, Miguel Reale definiu a sanção (*latu senso*) como “todo e qualquer processo de garantia daquilo que se determina em uma regra”²²⁶, destacando que, especificamente no que tange a sanção jurídica, sendo este o traço diferenciador da sanção moral ou da sanção social, esta é dotada de “predeterminação e organização”²²⁷.

O segundo ponto importante a ser abordado, é que o ordenamento atribui a determinadas pessoas a responsabilidade por executar a norma secundária e, neste ponto, Kelsen afirma que a sanção é o comportamento devido, pelo destinatário da norma (que pode ser a Administração Pública) frente ao ordenamento, “dito de outra

²²¹ BOOBIO, Norberto, **Teoria da Norma Jurídica**, Tradução: Fernando Pavan Batista e Ariani Bueno Sudatti, 3ª ED, Bauru, EDIPRO, 2005, p. 152.

²²² *Ibid.*, p. 160-161.

²²³ *Ibid.*, p. 155.

²²⁴ *Ibid.*, p. 158.

²²⁵ *Ibid.*, p. 161.

²²⁶ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 72.

²²⁷ *Ibid.*, p. 74.

forma, Kelsen entende que o que é devido é a sanção, a conduta prescrita não é a conduta devida, devida é a sanção”²²⁸.

Ressalte-se, no entanto, que a questão do destinatário da norma jurídica já fora abordada anteriormente por Jhering, conforme escólio de Bobbio, que destaca que aquele foi o primeiro a substituir a concepção de que o cidadão é o destinatário da norma, pela concepção de que são os órgãos do Estado²²⁹.

Modernamente, isto implica em dizer que, levando em conta a definição que afirma a existência de normas primárias, que prescrevem um comportamento esperado ou proibido para o cidadão, e normas secundárias, que regulam qual deve ser a reação dos órgãos estatais competentes no caso de comportamento diverso do esperado, a normas propriamente jurídicas são as secundárias²³⁰, ou seja, aqui, o direito seria “um conjunto de regras que tem por objeto a regulamentação do exercício da força numa sociedade”²³¹.

De forma resumida, Bobbio conclui, sobre a teorização apresentada de forma superficial nestas noções preliminares, que o Direito estabelece quem deve usar a força, criando, nesse sentido, um monopólio, sendo lícito ao titular deste adotar medidas que se adotadas por particulares seriam ilícitas. É o caso, por exemplo, do particular que mata alguém, e do carrasco que o faz na condição de agente estatal. No primeiro caso há, se atendidas as condições, um ilícito. No segundo, há um ato lícito por parte do Estado e, ainda, um dever do agente que possui a atribuição de executar a norma secundária²³².

O Direito estabelece também quando é lícito ao detentor do monopólio da força fazer uso desta e como a força deve ser utilizada, ou seja, há que se ter observância quanto à existência de circunstâncias prescritas em lei para a aplicação da sanção e, ainda, normas de caráter processual que impeçam o uso arbitrário do poder por parte do Estado²³³. E, por último, o Direito deve também regular a quantidade do uso da força, mais uma vez no intuito de “reduzir ao mínimo o exercício arbitrário do poder por parte do grupo monopolizador”²³⁴.

²²⁸ FERREIRA, 2001, p. 18.

²²⁹ BOBBIO, 2006, p. 156.

²³⁰ Ibid., p. 155-157.

²³¹ Ibid., p. 157.

²³² Ibid., p. 158.

²³³ Ibid., p. 158.

²³⁴ Ibid., p. 158.

Embora existam críticas à concepção clássica da teoria da coação, ou mesmo quanto à moderna teoria de Kelsen, que se dedicou a responder algumas das críticas formuladas no sentido de afirmar que um sistema que depende de uma norma secundária para fazer valer uma norma primária, dependerá também de outra norma que deverá, prescrevendo uma sanção, garantir o cumprimento da norma secundária, em um regresso infinito, estas não concernem a presente dissertação, sendo suficientes os conceitos preliminares até aqui apresentados.

Isto posto, dentro da noção de sanção, é necessário responder o que são sanções administrativas e sua natureza de dever, tendo em vista a função administrativa sancionadora para a execução das sanções previstas em normas jurídicas do ordenamento

Já é possível afirmar que a sanção *sub examen* é “a consequência negativa atribuída pelo ordenamento à inobservância de um comportamento prescrito pela norma primária”²³⁵, ou ainda, “a direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, determinada pela norma jurídica a um comportamento proibido nela previsto, comissivo ou omissivo, dos seus destinatários”²³⁶, excluindo, neste corte metodológico, as sanções premiais, ou seja, aquelas que atribuem um benefício para a prática de certo comportamento desejado, embora facultado. O objetivo, contudo, é identificar um conceito doutrinário de sanção administrativa e, conseqüentemente, suas peculiaridades frente este conceito de sanção jurídica.

Ou seja, se o ordenamento jurídico atribui a uma pessoa a incumbência de executar sanções, aqui se quer aquela que elege como destinatário da norma secundária a administração pública, ou ainda, conforme o escólio de Daniel Ferreira²³⁷, “Em primeiro lugar, ao se predicar o signo “sanção”, tal qual o concebemos, com o designativo “administrativa”, desde logo resta afastada qualquer outra sanção não diretamente reportável à Administração Pública”.

Assim, a doutrina define sanção administrativa como “*un mal jurídico que la Administracion inflinge a un administrado, responsable de una conducta reprensible*”

²³⁵ MELLO, Rafael Munhoz de, **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988, São Paulo, Malheiros, 2007, p. 37.

²³⁶ FERREIRA, 2001, p. 25.

²³⁷ Ibid., p.31.

*antecedente*²³⁸, ou “*una decisión administrativa com finalidad represiva, limitativa de derechos, basada en una previa valoración negativa de la conducta*”²³⁹, ou ainda, “a direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, a ser imposta no exercício da função administrativa, em virtude de um comportamento juridicamente proibido (...)”²⁴⁰.

Neste sentido, reforçando as características do conceito que diferenciam as sanções administrativas das sanções jurídicas em geral, Rafael Munhoz de Mello²⁴¹ explica que:

O principal traço característico das sanções administrativas é o sujeito competente para impô-las: as sanções administrativas são impostas pela Administração Pública. Trata-se de elemento decisivo para identifica-las. Se a medida punitiva não é imposta pela Administração Pública, de sanção administrativa não se trata. É o elemento subjetivo que permite diferenciar a sanção administrativa da sanção penal: O que as aparta – ensina Celso Antônio Bandeira de Mello – é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção, (...).

Conclui-se, portanto, que “toda e qualquer sanção terá natureza administrativa desde que aplicada no exercício dessa mesma função”²⁴², função esta que, do ponto de vista material, poderia ser definida como “a função pela qual o Estado atenderia, de modo individual e concreto, aos fins que lhe foram atribuídos pela lei”²⁴³, embora esta definição não esclareça de forma satisfatória o instituto²⁴⁴.

Este é, também, o entendimento de Celso Antonio Bandeira de Mello quando afirma que “reconhece-se a natureza administrativa de uma infração pela natureza da sanção que lhe corresponde, e se reconhece a natureza da sanção pela autoridade competente para impô-la”²⁴⁵.

²³⁸ RAMIREZ, Maria Lourdes. *La sanción administrativa y su diferencia com otras medidas que imponen cargas a los administrados en el contexto español*, in **Revista de Derecho**, n. 27, julio, 2007, pp. 272-292, Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia, 2007, Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ah_UKEwiS74_lkvHUAhVHPJAKHS4uDcMQFggIIMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.redalyc.org%2Fpdf%2F851%2F85102711.pdf&usq=AFQjCNG5TkJ90RbLAYIRaP13ZSuCW3NWhw. Acessado em: 24 de maio de 2017, p. 274.

²³⁹Ibid., p. 274.

²⁴⁰ FERREIRA, 2001, p. 34.

²⁴¹ MELLO, 2007, p. 63.

²⁴² FERREIRA, Op. Cit. p. 32.

²⁴³ MELLO, Op. Cit. p. 26.

²⁴⁴ Ibid., p. 27.

²⁴⁵ BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 743.

Este traço diferenciador compõe o conceito de sanção administrativa proposto por Marcelo Madureira Prates, para quem “sanção administrativa é a medida punitiva prevista em ato normativo, que poder ser aplicada diretamente pela Administração no âmbito das suas relações jurídicas gerais, a quem, sem justificação, deixe de cumprir um dever administrativo certo e determinado normativamente imposto”²⁴⁶

Os conceitos adotados, especialmente o apresentado por Daniel Ferreira, fazem referência à função administrativa e, posto que o critério adotado para a identificação das sanções administrativas tem como foco justamente um critério subjetivo, é fundamental que esta função seja analisada.

É na divisão dos poderes, conforme previsão do artigo 2º da CRFB/88, que prevê independentes e harmônicos entre si o legislativo, o executivo e o judiciário, que a organização do poder uno emanado do povo é traçada de forma a indicar as funções e, de certa forma, os órgãos responsáveis por seu exercício²⁴⁷.

Enquanto a função legislativa “consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis”²⁴⁸, à função judiciária caberá a aplicação das leis emanadas do poder legislativo aos casos concretos, com a finalidade de promover a pacificação social, como a resolução de conflitos de interesses²⁴⁹.

Por último, a função executivo pode ser subdividida em função de governo e função administrativa. A primeira tem como principal característica a atribuição de decisões de natureza política, muito embora também comporte uma função legislativa, por meio de medidas provisórias, por exemplo²⁵⁰.

Cabe, no entanto, o alerta de que essa divisão de funções entre legislativo, executivo e judiciário, não é estanque, a complexidade da organização estatal está no fato de que “a cada Poder são atribuídas, além de suas funções típicas ou

²⁴⁶ PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia**, Coimbra, Almedina, 2005, p. 55.

²⁴⁷ ZARDO, Francisco, **Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos: com as alterações da Lei anticorrupção (Lei 12.846/2013)**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 31.

²⁴⁸ SILVA, José Afonso da, **Curso de direito constitucional**, São Paulo, Malheiros Editores, 2000, p. 110.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 112.

²⁵⁰ ZARDO, Op. Cit. p. 31.

privativas, outras funções (chamadas normalmente de atípicas), como reforço de sua independência frente aos demais poderes”²⁵¹.

Há, portanto, exercício de função jurisdicional atribuída ao legislativo, quando do julgamento de autoridades previstas no artigo 52, incisos I e II da CRFB/88, da mesma forma que há exercício de função normativa por parte dos tribunais na elaboração de seus regimentos internos e, além disso, ambos os poderes, judiciário e legislativo, exercem atipicamente a função administrativa, razão do porque o artigo 37 da CRFB/88 faz menção à Administração Pública de qualquer dos Poderes, não apenas do poder executivo²⁵². Neste sentido, conforme mencionado anteriormente, para além da função de governo, a outra atividade típica do Poder Executivo é, justamente, a função administrativa.

Do ponto de vista formal, a função administrativa é identificada e diferenciada das demais funções públicas pelo regime jurídico que lhe é peculiar, sendo que a principal característica deste, segundo Rafael Munhoz de Mello, é a “submissão à lei formal”²⁵³, ou seja, trata-se de atividade subordinada à atividade legislativa, pautada pelo princípio da legalidade, limitando a ação o que é expressamente autorizado pela lei²⁵⁴.

Em sentido similar, Paulo Modesto²⁵⁵ define esta função como sendo a:

Atividade subalterna e instrumental exercitada pelo Estado (ou por quem lhe faça as vezes), expressiva do poder público, realizada sob a lei ou para dar aplicação estritamente vinculada à norma constitucional, como atividade emanadora de atos complementares dos atos de produção jurídica primários ou originários, sujeita a dupla sindicabilidade jurídica e dirigida à concretização das finalidades estabelecidas no sistema do direito positivo.

Para além do conceito, as características desta função são de fundamental importância e, sobre o assunto, Daniel Ferreira assevera que o exercício da função administrativa não é uma faculdade, “é, na verdade, um atuar compulsório que de ter

²⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**, São Paulo, Saraiva 2011, p. 197.

²⁵² ZARDO, 2014, p. 32.

²⁵³ MELLO, 2007, p. 30.

²⁵⁴ Ibid, p. 31.

²⁵⁵ MODESTO, Paulo. *Função Administrativa*. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n 5, janeiro/fevereiro/março 2006, Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acessado em 17 de junho de 2017, p. 17.

por escopo o cumprimento, no interesse alheio, de uma finalidade”²⁵⁶, embora seja possível compreender que a função administrativa dá a Administração Pública uma série de poderes fundamentais para o cumprimento dos interesses alheios em questão, não há “liberdade para optar entre a utilização ou não dos poderes que lhe (administração pública) são conferidos”²⁵⁷.

Nesta perspectiva, a função administrativa é melhor caracterizada como um dever poder, posto que aquele que desempenha função administrativa tem o dever de “buscar, no interesse de outrem, o atendimento de certa finalidade”²⁵⁸, para atingir essas finalidades e somente para tanto, o sujeito dos deveres “necessita manejar poderes, sem os quais não teria como atender à finalidade que deve perseguir (...)”²⁵⁹.

Paulo Modesto, no entanto, destaca que a compreensão da função administrativa como um poder “ressalta principalmente o ângulo da posição jurídica em que se encontram os exercentes do poder público”²⁶⁰, o que, em última análise, provoca dificuldades na identificação das características essenciais da função administrativa, posto que “nessa perspectiva, a atuação funcional dos agentes se uniformiza”²⁶¹, o autor explica que:

Todos manipulam poderes-deveres, poderes vinculados ao cumprimento de deveres jurídicos, poderes instrumentais vocacionados ao atendimento de interesses objetivos ou alheios ao próprio querer do sujeito atuante. Daí a razão deste sentido não atender imediatamente aos propósitos de uma teoria das funções, que visa antes formular uma discriminação do que uma uniformização no tocante ao exercício do poder estatal²⁶².

Assim, Paulo Modesto prefere a noção de que a função denota uma atividade que se refere ao exercício de determinadas atribuições, ou ainda, um atividade por meio da qual se manifesta o poder Estatal²⁶³, que, em verdade, pertence ao povo, de forma una e indivisível, somente seu exercício é atribuído a determinados

²⁵⁶ FERREIRA, 2001, p. 32.

²⁵⁷ MELLO, 2007, p. 20.

²⁵⁸ BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 95.

²⁵⁹ Ibid., p. 95.

²⁶⁰ MODESTO, 2006, p. 6.

²⁶¹ Ibid., p. 6.

²⁶² Ibid., p. 6-7.

²⁶³ Ibid., p. 6.

sujeitos. É, portanto, a atividade do que não é proprietário do negócio administrado²⁶⁴.

Embora se tenha adotado o critério subjetivo para a diferenciação das sanções administrativas em relação, por exemplo, às sanções penais, posto que as primeiras seriam aplicadas no exercício de função administrativa e as segundas, por força de previsão constitucional expressa, somente no exercício típico da função jurisdicional, há, na doutrina, quem compreenda que este é um critério equivocados.

Fábio Medina Osório argumenta que o critério subjetivo não é suficiente, ou mesmo adequado, porque, segundo o autor, juízes poderiam aplicar sanções administrativas no exercício típico da função jurisdicional. O critério determinante para definição de uma sanção administrativa seria “o campo de incidência do direito administrativo, formal e material”²⁶⁵.

O autor segue afirmando que “não há razão lógica para definir sanção administrativa a partir do critério subjetivo da presença de um determinado órgão sancionador”²⁶⁶ e, ainda, que “cabe ao legislador outorgar a Juízes e Tribunais poderes sancionadores de Direito Administrativo, tendo em conta o princípio da livre configuração legislativa de ilícitos e sanções”²⁶⁷.

Tendo em vista este entendimento, Medina Osório²⁶⁸ conceitua sanção administrativa como:

Um mal ou castigo, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, agente público, indivíduo ou pessoa jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo.

Embora esta crítica encontre fundamento especialmente no estudo do ilícito administrativo, aqui adota-se a posição ainda majoritária de que não há relevante (ou nenhuma) diferença ontológica entre os ilícitos penais e administrativos, e esta

²⁶⁴ MELLO, 2007, p. 19-21.

²⁶⁵ OSÓRIO, Fábio Medina, **Direito administrativo sancionador**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, 59.

²⁶⁶ Ibid., p. 60.

²⁶⁷ Ibid., p. 59.

²⁶⁸ Ibid., p. 80.

separação é possível com base no sujeito competente para a aplicação da sanção (norma secundária) ou seja, é justamente o sujeito competente, neste caso, a Administração Pública, que determina a natureza da sanção e, por conseguinte, a natureza do ilícito²⁶⁹.

Satisfeito o desafio de delimitar qual a natureza jurídica das sanções que interessam para este estudo, é necessário explorar que espécies de sanção administrativa são relevantes, para que, em seguida, seja possível, finalmente, avaliar se estas podem ser limitadas pelo princípio da função social da empresa.

3.5 ESPECIES DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA

Embora, na doutrina, exista uma pluralidade de classificações das sanções administrativas, para este trabalho adotou-se a classificação em razão da restrição imposta, conforme proposta por Daniel Ferreira. A opção metodológica aqui se justifica tendo em vista que, dentre as sanções administrativas possíveis, interessam ao trabalho aquelas que, de alguma forma, possam prejudicar a continuidade da atividade empresária e, portanto, podem exigir um limite, baseado na ideia de função social, ou finalidade coletiva, da empresa.

Isto posto, a primeira espécie de sanção na classificação adotada é a restritiva de liberdades. Aqui, a doutrina majoritária afirma que, no âmbito das sanções administrativas, somente no que diz respeito à disciplina militar há aplicação²⁷⁰ e parece não existir qualquer possibilidade de implicação no que tange às pessoas jurídicas, razão pela qual, não há interesse em maiores detalhes.

A segunda espécie, no entanto, trata das sanções restritivas de atividades, entre as quais, “as de inabilitação, perda ou suspensão de direitos (de dirigir, de fabricar, etc.); interdição ou fechamento de estabelecimentos, (...) suspensão temporária do direito de licitar (e contratar) e declaração de inidoneidade”²⁷¹.

²⁶⁹ MELLO, 2007, p. 68.

²⁷⁰ FERREIRA, 2001, p. 45.

²⁷¹ Ibid., p. 45.

A terceira espécie abarca as que impõem consequências restritivas de patrimônio moral, tendo como exemplo advertência, repreensão e censura²⁷². A quarta espécie também impõe restrições de patrimônio, mas aqui a consequência atinge o patrimônio econômico, “ou seja, as de natureza pecuniária (multas) e as de perda de bens”²⁷³.

Hoje, em voga nos debates que permeiam o cenário político brasileiro, as sanções previstas na Lei de licitações (Lei 8.666/93) parecem abarcar todas as espécies mencionadas, exceto as restritivas de liberdade, várias delas com efetivo potencial para, caso sejam aplicadas, obstar a continuidade da atividade empresária. Além desta, a Lei anticorrupção também prevê sanções, uma restritiva de patrimônio moral e outra restritiva de patrimônio econômico.

No caso da Lei de licitações, as sanções que mais interessam a este estudo estão previstas na Seção II, artigos 86 e 87. O primeiro artigo prevê a aplicação de multa (sanção restritiva de patrimônio econômico) para o caso de atraso injustificado na execução do contrato. O artigo 87 também prevê pena de multa, esta não resultante da mora, como a do artigo anterior, mas pela inexecução, total ou parcial, do contrato.

Especificamente sobre a finalidade das sanções de multa previstas, Francisco Zardo destaca que, tendo em vista que o ressarcimento de eventuais prejuízos sustentados pela administração já está garantido no artigo 70 (que prevê a responsabilidade do contratado pelos danos causados à administração ou a terceiros), estas são estritamente punitivas²⁷⁴.

Sua natureza punitiva significa, para fins de aferição de *quantum*, que estas não guardam relação com eventuais perdas e danos, mas sim com a gravidade da sanção averiguada em cada caso concreto²⁷⁵. Há, no entanto, pelo menos um limite identificado na doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello, o chamado princípio da vedação ao confisco.

Segundo o autor, “por muito grave que haja sido a infração, as multas não podem ser ‘confiscatórias’, isto é, de valor tão elevado que acabem por compor um verdadeiro confisco”²⁷⁶. Não há que se cogitar aqui o que, exatamente, configuraria

²⁷² Ibid., p. 45.

²⁷³ Ibid., p. 45.

²⁷⁴ ZARDO, 2014, p. 164-165.

²⁷⁵ Ibid., p. 165.

²⁷⁶ BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 756.

uma multa (sanção) confiscatória, mas se o valor da punição encontraria também seus limites na necessária continuidade da atividade empresária, se, como cogita-se neste estudo, esta encontra-se protegida por cumprir função social nos moldes do artigo 5º, inciso XXIII da CRFB/88.

O mesmo ocorre com a previsão da multa no caso da Lei 12.846/2013, que pode variar entre 0,1% (um décimo por cento) e 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo que apurou a infração. Há, ainda, a exigência legal de que o valor da multa não seja inferior à vantagem aferida de forma indevida.

Embora seja controverso, tendo em vista a alta reprovação moral dos atos de corrupção, especialmente no contexto atual, o dano provocado pela cessação da atividade empresária pode ser maior, inclusive, do que o dano provocado (especialmente do ponto de vista econômico e jurídico) pelo ato de corrupção que ensejou a aplicação da sanção prevista no artigo 6º, inciso, I da referida Lei.

Outro exemplo de sanção de multa na legislação pátria que pode oferecer risco à continuidade da atividade empresária é a previsão do artigo 88, parágrafo 3º, da Lei 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A sanção de caráter pecuniário prevista pode variar entre R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais). Enquanto o valor mínimo pode, dependendo da empresa, ser absolutamente inócuo, seja no que diz respeito à prevenção ou a repressão, o valor máximo previsto pode superar o valor de mercado da empresa.

Para além das penas de multa, o artigo 87 da Lei 8.666/93 ainda prevê, em seus incisos III e IV, as sanções de suspensão temporária de participação em licitação, impedimento de contratar com a administração, por prazo não superior a dois anos e a declaração de inidoneidade para licitar e contratar.

Independente dos detalhes sobre prazo e extensão das penas acima citadas, todas tem potencial para resultar em obstáculo definitivo à continuidade da atividade empresária, mais uma vez, a depender do caso concreto. Parece evidente que se a empresa não presta serviços exclusivamente ao Poder Público, ou se pode desenvolver atividade exclusivamente no setor privado, estas sanções não representam, necessariamente, o fim da atividade empresária.

Não é, no entanto, esta a conclusão óbvia, caso a empresa, especialmente pela natureza da atividade, dependa exclusivamente de contratos com a

Administração Pública, como pode ser o caso, mais uma vez polêmico, de grandes empreiteiras, dedicadas à construção de estradas, hidrelétricas e outras obras de grande porte, cujo “cliente” raramente é outro que não o Estado.

Outro exemplo de diploma legal que abrange a maioria das espécies de sanções administrativas da classificação adotada é o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). O diploma prevê, além da pena de multa, proibição de fabricação de produto, suspensão de fornecimento de produtos ou serviços, suspensão temporária de atividade, interdição de estabelecimento e outras.

Desnecessário dizer que a defesa do consumidor é tarefa do Estado por força de expressa previsão constitucional, compõe os princípios de ordem econômica e, além disso, é impossível pensar em uma empresa que cumpra sua função social sem atento cuidado com o regramento consumerista.

No entanto, várias das sanções acima citadas podem obstar permanentemente a continuidade da atividade empresária, como, por exemplo, a proibição de fabricação de produtos, se este for o único fabricado pela empresa no caso concreto, a interdição de estabelecimento, se este for o único estabelecimento, a suspensão de fornecimento de produtos ou serviços, se o produto ou serviço for único, ou se atinge a própria natureza da atividade.

A questão aqui é a proteção de vulnerabilidades, como o emprego, a seguridade social, a renda, e outras tantas que dependem da atividade empresária para serem atendidas, conforme explorado no capítulo anterior. Por esta razão, o próximo capítulo dedica-se à análise das possíveis limitações ao dever-poder sancionador da administração pública e se o princípio da função social da empresa pode funcionar neste sentido. Antes, no entanto, fazem-se necessárias algumas considerações finais parciais.

3.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS PARCIAIS

O objetivo da análise da sanção administrativa como manifestação da intervenção do Estado no domínio econômico era compreender quais os contornos do exercício de função administrativa que, talvez, seja a mais grave interferência que pode ser promovida pela Administração Pública no direito de propriedade.

O que aparece como evidente, é que a sanção administrativa é consequência de um ilícito e sua aplicação, verificado o pressuposto, tem duas características que valem a pena serem ressaltadas: a) o sujeito competente para sua aplicação é a Administração Pública e b) esta aplicação não é facultativa²⁷⁷.

Trata-se, portanto, de uma atividade indubitavelmente vinculada, positiva e negativamente, ao princípio da legalidade. Sua vinculação negativa, que funciona como limite à atuação da Administração Pública tem contornos bem definidos. Assim, esta é uma função que deve ser atribuída por lei, determinando, inclusive, quais os órgãos e agentes competentes para o exercício deste poder, e de que forma devem fazê-lo, ou seja, “sem previsão expressa em lei não há competência punitiva da Administração Pública”²⁷⁸.

Ainda, a lei autorizativa para que a Administração Pública exerça função sancionadora, deve, em regra, prescrever de forma precisa o comportamento que possa vir a ensejar uma sanção, e, da mesma forma, descrever qual a sanção resultante do comportamento prescrito. Esse regramento é abordado pela doutrina como ‘princípio da tipicidade’²⁷⁹.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao tratar deste tema, afirma que o ‘princípio da tipicidade’ é “um corolário da legalidade, que impõe esse detalhamento específico das condutas e comportamentos dos administrados e das penas aplicáveis, que, afinal, é o que lhes permitirá ter maior previsibilidade acerca de suas (Administração Pública) ações e condutas”²⁸⁰.

Ao tratar do tema, Celso Antônio Bandeira de Mello²⁸¹ asseverou que:

O mínimo que se espera de um Estado de Direito – e maiormente de um, como é o caso do Brasil, que se proclama um Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição), tanta mais se declaradamente tem como um de seus fundamentos “a cidadania” (inciso II do mesmo artigo) – é que assegure aos administrados prévia ciência dos

²⁷⁷ FERREIRA, Daniel, **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2009, p. 82.

²⁷⁸ MELLO, 2007, p. 119.

²⁷⁹ Ibid., p. 119.

²⁸⁰ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. GARCIA, Flávio Amaral. *A principiologia no direito administrativo sancionador*. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 37, janeiro/fevereiro/março de 2014. Disponível na Internet: Acesso em: 30 de maio de 2017. p. 15.

²⁸¹ BANDERIA DE MELLO, 2009, p. 847.

gravames que lhes serão infligidos caso desatendam às leis administrativas.

Também exige o princípio da legalidade que a lei deve ser anterior ao comportamento a ser sancionado. É o regramento intitulado pela doutrina como 'princípio da anterioridade ou irretroatividade', de onde se conclui que "a sanção administrativa só será validamente aplicada se estiver prevista em lei formal anterior ao fato, que descreva com clareza a conduta ilícita e a própria medida punitiva"²⁸².

Há, no entanto, outra faceta do princípio da legalidade, que determina de forma irremediável a necessária aplicação da sanção quando verificado o ilícito. Daniel Ferreira, sobre o tema, manifestou-se nos seguintes termos:

Há quem erroneamente sustente ser possível à Administração Pública declarar uma conduta como infracional e, ainda assim, deixar de impor a sanção correspondente. Com o devido respeito, decisão como esta bem pode se revelar como cauda de responsabilidade funcional, criminal e por ato de improbidade administrativa.

As características, o alcance e os eventuais limites à uma atividade cuja vinculação parece ter contornos absolutos. Esta legalidade que, em um primeiro momento, parece apontar para uma impossibilidade de afastamento de aplicação de sanções por razão da necessária manutenção da atividade empresária, dado o comando protetivo do princípio da função social da empresa, é o que se analisa a seguir.

²⁸² Ibid., p. 15.

4 LIMITES AO DEVER PODER SANCIONADOR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1 NOÇÕES PRELIMINARES

Toda atividade administrativa encontra seu limite na legalidade. Esta é a razão pela qual se afirma que “dentro do marco jurídico delineado pela consagração de um Estado de Direito: qualquer atuação administrativa, para reputá-la válida, a ordem jurídica neste modelo exige encontre na lei o necessário e suficiente comando autorizador de sua realização”²⁸³.

A legalidade, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo”²⁸⁴, posto que o “Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é consequência dele”.

Por ser justamente esta configuração, de Estado de Direito, que se encontra plasmada no texto constitucional de 1988, é o princípio em análise previsto no artigo 5º, inciso II, o qual afirma que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Desta afirmação logicamente extrai-se que “a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja”²⁸⁵.

Ainda, além da previsão do artigo 5º, inciso II, da CRFB/88, também o artigo 37, *caput*, prevê a legalidade como um dos princípios que vincula a administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados e dos municípios, no sentido de apenas permitir-se fazer o que e como previamente autorizado.

Ocorre que hoje há diferentes noções teóricas sobre o que são princípios²⁸⁶, sendo possível identificar alguns que parecem mais correntes na doutrina, nacional e estrangeira, especialmente para apontar as consideráveis diferenças.

²⁸³ PIMENTA OLIVEIRA, 2006, p. 225.

²⁸⁴ BANDERIA DE MELLO, 2009, p. 100.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 102.

²⁸⁶ GABARDO, 2009, p. 206.

Para Robert Alexy, para quem os princípios são estruturados como mandamentos de otimização, normas que determinam a realização ótima de seus comandos, respeitadas às limitações fáticas e jurídicas. Ou seja, o que caracteriza os princípios é a possibilidade de satisfação dos mesmos em diferentes graus, sem que esta oscilação em grau implique em violação²⁸⁷.

Outra característica importante dos princípios, na teoria de Alexy, é que – justamente por serem mandamentos de otimização, para serem cumpridos na maior medida do possível –, eles “não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*”, e somente quando encontrados os limites fáticos e jurídicos da realidade é que este caráter de generalidade dá lugar a um “sistema diferenciado de regras”²⁸⁸.

As regras, por sua vez, diferem dos princípios, segundo Ronald Dworkin, porque “são aplicáveis à maneira do “tudo-ou-nada”²⁸⁹, sendo estruturadas de forma a demandarem satisfação absoluta ou não satisfação, posto que “dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”²⁹⁰.

Similar entendimento possui Larry Alexander²⁹¹, que defende que as regras podem ser simples ou complexas, concisas ou grandes, importantes ou triviais, mas se são válidas, elas ditam a conduta requerida sem nenhuma consideração de grau, ou peso.

Destaque-se, no entanto, que Robert Alexy não concorda com esse entendimento, compreendendo que o modelo tudo-ou-nada “é, contudo, muito simples”²⁹², destacando a necessidade de um modelo diferenciado. Em verdade, as distinções entre princípios e regras geram debates doutrinários, motivo pelo qual é possível observar posições contrárias tanto à distinção proposta por Alexy, quanto à proposta por Dworkin. Este parece ser o caso de Humberto Ávila, para quem ambas

²⁸⁷ ALEXY, 2008, p. 90.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 102-108.

²⁸⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, Tradução Nelson Boeira, 3 Ed. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2010, p.39.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 39.

²⁹¹ ALEXANDER, Larry. **What are principles and do they exist**, Legal Studies Research Paper Series, Research Paper n 13-119, San Diego, University of San Diego, 2013.

²⁹² ALEXY, Op. Cit. p. 104.

as espécies de normas (regras e princípios) devem ter seu conteúdo de “dever ser” realizados totalmente²⁹³.

Esta posição é criticada por Virgílio Afonso da Silva, tendo em vista que, quando da colisão entre princípios, o que eventualmente se realiza no todo é o dever ser da regra resultante da ponderação, que em nada afeta a distinção entre regras e princípios, nem sequer necessariamente coincide com “a regra extraída *prima facie* do princípio que prevaleceu em determinado caso concreto”²⁹⁴.

Em verdade, mesmo a existência desta distinção entre princípios e regras é questionada. Um exemplo é a convicção de Klaus Günther de que não há diferença estrutural entre princípios e regras. Este autor defende apenas a existência de normas, sendo que a diferença encontra-se na forma como estas são utilizadas. Assim sendo, quando não há observância de situações fáticas ou jurídicas peculiares a um caso concreto, a norma está sendo usada como regra, quando há observância a todas as circunstâncias, a norma está sendo utilizada como princípio, sem que haja qualquer diferença estrutural que possibilite uma distinção em abstrato²⁹⁵.

Na doutrina pátria os chamados princípios jurídicos fundamentais são definidos como “tradução normativa dos valores, dos objetivos e das opções econômicas, políticas e sociais, eleitos para servirem de base na composição do modelo de Estado correspondente a uma determinada sociedade”²⁹⁶.

Nesta noção os princípios adotam um forte conteúdo normogenético, determinando “a razão de ser e, ao mesmo tempo, a finalidade última de todas as demais normas jurídicas”²⁹⁷. Os princípios, assim, são adjetivados por fundamentais porque se encontram em patamar hierárquico superior a todas as demais normas, na condição de sustentáculo de todo o sistema.

Essencial nesta compreensão de princípios é a afirmação de Letícia Queiroz de Andrade²⁹⁸:

²⁹³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e Regras**: mitos e equívocos acerca de uma distinção, Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais 1, 2003, p. 622.

²⁹⁴ Ibid., p. 623.

²⁹⁵ ALEXY, Robert, **On the structure of legal principles**, Ratio Juris. Vol 13, N3, setembro, Oxford, Blackwell Publishers, 2000, p. 299.

²⁹⁶ ANDRADE, Op. Cit. 2006, p. 19.

²⁹⁷ Ibid., p.19.

²⁹⁸ Ibid., p. 20.

Enquanto normas primordiais de um sistema jurídico, tanto sob o aspecto substancial quanto formal, a especialidade da eficácia jurídica dos princípios fundamentais consiste em informar o sentido que deve obrigatoriamente inspirar a elaboração de todas as demais normas jurídicas, considerando-se como elaboração destas não só o processo que resulta nas normas gerais e abstratas, mas também a interpretação que delas se faz, para que sejam aplicadas ao caso concreto.²⁹⁹

Não por outra razão, a violação de um princípio, nesta concepção, “é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos”³⁰⁰.

Estas controvérsias doutrinárias acerca do que são princípios de direito também podem impactar no entendimento acerca da solução possível no caso de colisão entre normas na visão de diferentes autores, como, por exemplo, Robert Alexy e Klaus Günther.

No caso da teoria de Robert Alexy, para quem princípios e regras são duas espécies do gênero normas, existem diferentes soluções para o conflito entre duas regras e o conflito entre dois princípios. No caso do conflito de regras, ou uma exceção que elimine o conflito é inserida (pelo legislador) em uma das regras, ou uma das regras em conflito deverá ser declarada inválida³⁰¹. O autor explica que “se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso também significa que também sua consequência jurídica é válida [e] (...) não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos”³⁰². Alexy esclarece que “(...) se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida”³⁰³.

No caso da colisão de princípios, a solução não passa por introdução de regras de exceção, muito menos pela declaração de invalidade de um dos princípios colidentes. Robert Alexy esclarece que enquanto “conflitos entre regras ocorrem na

²⁹⁹ Há, nesta compreensão, uma noção, inexistente em Robert Alexy, de que os princípios são hierarquicamente superiores às regras, ou ainda, que “as regras jurídicas estão subordinadas aos princípios” (MELLO, 2007, p. 87), posto que estes são nucleares ao sistema.

³⁰⁰ BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 53.

³⁰¹ ALEXY, 2008, p. 92.

³⁰² Ibid., p. 92.

³⁰³ Ibid., p. 92.

dimensão da validade (...), colisões entre princípios ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”³⁰⁴.

O autor, então, desenvolve, com base no estudo empírico de um conjunto de decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão, uma lei de colisão, que visa verificar qual dos princípios colidentes tem precedência sobre o outro, analisando um determinado caso concreto e suas peculiaridades fáticas. Se as circunstâncias fáticas são alteradas, a precedência pode, também, se alterar³⁰⁵.

De um modo geral, a ponderação de princípios pressupõe um ato estatal que, embora fundamentado em um princípio, no caso concreto, parece violar outro de mesmo nível abstrato³⁰⁶. Esta ponderação passa pela análise de três máximas parciais, a saber: a *adequação* (se o ato estatal é meio adequado para a realização do princípio que lhe fundamenta), a *necessidade* (se o ato é o meio menos gravoso em relação ao princípio colidente) e a *proporcionalidade* em sentido estrito (que visa analisar se a intervenção na esfera de proteção de um princípio é proporcional à realização do outro)³⁰⁷.

A título de exemplo, se a atuação estatal está fundamentada no princípio da legalidade e um determinado ato exige que um comportamento seja sancionado com a interdição de determinado estabelecimento comercial, que por ventura redunde no encerramento de suas atividades, mas outro princípio do ordenamento determina que é de interesse da coletividade a manutenção da atividade empresarial, visando atingir objetivos como pleno emprego e valorização do trabalho humano, então há um aparente conflito no caso concreto que, em tese, pode ser solucionado pela ponderação.

Desta feita, importa destacar que somente é possível cogitar de ponderação se ambas as normas colidentes são, de fato, princípios e, embora seja possível afirmar que a função social da empresa atenda aos traços característicos dos princípios (na teoria em comento), não soa (em princípio) viável estendê-la para casos em que se pretenda discutir a previsão legal (= legalidade) para afastá-la.

³⁰⁴ Ibid., p. 94.

³⁰⁵ Ibid., p. 92-94.

³⁰⁶ Ibid., p. 94.

³⁰⁷ Ibid., p. 116-120.

Já o modelo proposto por Klaus Günther, que não concorda com a existência de uma estrutura diversificada entre princípios e regras³⁰⁸, mas tão somente uma distinção na esfera argumentativa, permite quaisquer normas tenham sua aplicação afastada no caso concreto³⁰⁹.

A solução, face ao caso concreto, para quando duas normas válidas parecem contraditórias, dependerá de “um discurso (argumentação) que trata da aplicabilidade das normas abstratas às situações concretas, [e] o aplicador complementar a descrição genérica da situação prevista na norma com os aspectos concretos do momento da aplicação”³¹⁰. A decisão deverá, então, demonstrar a regra adequada e coerente para regulamentar a situação³¹¹.

Fernando José Gonçalves Acunha³¹² leciona, sobre o tema, que:

(...) uma norma aplicável está inserida num ordenamento complexo, de princípios equiprimordiais e necessários. Essa norma é um argumento em favor de determinada decisão, que deve ser avaliada na mesma medida em que argumentos em sentido contrário também o são. Por isso, as normas válidas - independentemente de se tratarem de regras ou princípios – são chamadas (...) de razões *prima facie*, aplicáveis (mas não necessariamente aplicadas), que induzem o processo decisório para determinada direção, mas que não se constituem nas razões definitivas de um caso. Apenas ao final do juízo de aplicação, considerados os aspectos relevantes da situação, e a complexidade do direito, é que se indicará a norma adequada, a qual será, a seu turno, a razão definitiva do caso.

O escólio acima transcrito resolve o problema da teoria de Alexy quanto à necessidade de identificação das espécies normativas – se regras, se princípios –, mas apresenta problemas, especialmente por se tratar de doutrina estrangeira, cuja pura importação oferece riscos, inclusive de absoluta inadequação em face do ordenamento jurídico em vigor, no Brasil. A legalidade estrita à qual estão submetidas às funções administrativas, inclusive a sancionadora, tem contornos que, aparentemente, não comportam este tipo de sopesamento, embora quase frequente no exercício da função jurisdicional.

³⁰⁸ ACUNHA, Fernando José Gonçalves, *Colisão de normas: distinção entre ponderação e juízo de adequação*, In: **Revista de informação legislativa**, Ano 51, número 203 jul/set 2014, Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/507411/001017676.pdf?sequence=1>. Acessado em 30 de junho de 2017, p. 175.

³⁰⁹ Ibid., p. 179.

³¹⁰ Ibid., p. 178.

³¹¹ Ibid., p. 178.

³¹² Ibid., p. 178.

Faz-se necessário, portanto, compreender qual o conteúdo do princípio da legalidade, sua aplicação no que tange as funções administrativas e buscar indicações na doutrina pátria que possam auxiliar na elaboração de uma resposta à pergunta se, e em que medida, é possível compreender o princípio da função social da empresa como um limite ao dever-poder sancionador da Administração Pública.

4.2 DEVER-PODER SANCIONADOR COMO ATIVIDADE VINCULADA E A FINALIDADE DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA (EM GERAL) COMO EXPRESSÃO DE INTERESSE PÚBLICO

O exercício da função administrativa demanda um conjunto de poderes que tornem possível para os agentes públicos a persecução dos interesses que pautam sua atuação. Dentre estes poderes, ou potestades, está a potestade sancionatória³¹³. O resultado do exercício deste poder, no âmbito da função administrativa, é a possibilidade de aplicação da sanção administrativa. Este poder, no entanto, “não consiste em uma mera faculdade, mas sim em inoidável vinculação”³¹⁴, razão pela qual configura-se em um dever-poder.

Conforme citado anteriormente, o princípio da legalidade é o fundamento característico dos Estados de Direito e o Direito Administrativo só existe com a fundação do Estado de Direito, não antes³¹⁵. Este agir vinculado significa que “a Administração não só está impedida de agir *contra legem* ou *extra legem*, mas também que só pode agir *secundum legem*”³¹⁶.

Esta é a clássica compreensão da lei como limite positivo e negativo para a atividade administrativa que pode ser percebida, de forma resumida, na afirmação de Celso Antônio Bandeira de Mello³¹⁷:

Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las,

³¹³ VITTA, Op. Cit. 2003, p. 63.

³¹⁴ FERREIRA, Op. Cit. 2001.

³¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 100.

³¹⁶ BANDERIA DE MELLO, Celso Antônio, **Grandes temas de direito administrativo**, São Paulo, Malheiros Editores, 2010, p. 56.

³¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 101.

pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro.

Se o princípio da legalidade “significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina”³¹⁸, então deixar de aplicar uma determinada sanção prevista em lei, quando verificam-se os pressupostos para sua aplicação, seria vedado, salvo se a própria lei previsse a possibilidade.

Neste sentido, Daniel Ferreira destaca que não há que se falar em discricionariedade da Administração Pública na que diz respeito a aplicar ou deixar de aplicar uma sanção quando verificados os pressupostos para tanto. O próprio conceito de sanção administrativa impede tal discricionariedade, posto que se trata de “consequência restritiva de direitos determinada (e não facultada) pela norma jurídica”³¹⁹

Se, portanto, pretende-se falar em discricionariedade na aplicação de sanções, diante do princípio da legalidade, esta só poderia subsistir “nos limites permissivos da lei”³²⁰. A discricionariedade, portanto, “(...) consiste, numa outorga de liberdade, feita pelo legislador (...), ante a qual se legitimam, como igualmente legais, igualmente corretas de *lege lata*, todas as decisões que couberem dentro da série, mais ou menos ampla, (...) pelo legislador confinada”³²¹. Jamais consistirá, no entanto, em uma liberdade de aplicação ou não da lei e, pois, de aplicar ou não a sanção quando da concreta constatação do ilícito.

Um exemplo é a (aparente) liberdade dada ao agente público para, em cada caso concreto, e mediante consideração de suas nuances, definir o valor da multa a ser aplicada *in concreto*, nos termos do artigo 6º, inciso I, da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), entre 0,1% (um décimo por cento) e 20% (vinte por cento) do faturamento verificado no exercício anterior à abertura do processo administrativo que apurou a infração.

Assim sendo, conclui-se que se a lei não permitir gradação da sanção, e, *e.g.*, prever uma multa fixa de 20% sobre o valor de imposto declarado, então essa deverá

³¹⁸ Ibid., p. 104.

³¹⁹ FERREIRA, 2001, p. 41.

³²⁰ Ibid., p. 41.

³²¹ BANDEIRA DE MELLO, 1981, p. 216.

ser aplicada ao contribuinte que não paga no prazo estipulado pela legislação, (como é o caso do artigo 55, parágrafo 1º, inciso I da Lei 11.580/96 – Lei Orgânica do ICMS/PR), não cabendo (em princípio) alternativa diversa.

O que ocorre, no entanto, se a aplicação desta multa resultar na impossibilidade de continuidade da atividade empresária, não parece ser uma preocupação da norma que estipula sua aplicação. Especialmente se a leitura da vinculação da atividade sancionadora for de obediência à lei estrita, ao comando *prima facie* da regra, sem qualquer possibilidade da análise de outros fatores, mesmo que exclusivamente jurídicos.

Tal não significa dizer, por evidente, que haja indiferença jurídica quanto aos efeitos da aplicação da sanção administrativa num ou noutro caso. Ao revés, como prevê a própria Lei de Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/99), no inciso VI do parágrafo único do art. 2º, sempre será obrigatório promover verdadeira adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

De conseguinte, a discussão passa a transcender das regras para também se ocupar dos princípios, de modo a se atender a lei e o Direito, concomitantemente.

A isso aparentemente refere Maria Sylvia Zanella Di Pietro como “uma concepção mais ampla do princípio da legalidade”³²², que seria derivado de “princípios próprios do Estado Democrático de Direito”³²³, os quais almejam, pelo alargamento da legalidade, “vincular a lei aos ideais de justiça, ou seja, submeter o Estado não apenas à lei puramente formal, mas ao Direito, abrangendo todos os valores inseridos expressa ou implicitamente na Constituição”³²⁴.

Debruçando-se sobre o tema, Diogo de Figueiredo Moreira Neto entende que “diretamente ligado ao princípio da legalidade está o conexo princípio da legitimidade, entendido como a vontade, expressa pelas vias democráticas, do interesse da sociedade, situando-se, portanto, em um campo mais vasto do que o da legalidade estrita”³²⁵.

³²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito administrativo**, São Paulo, Editora Atlas, 2014, p. 29.

³²³ Ibid., p.29.

³²⁴ Ibid., p.29.

³²⁵ NETO; GARCIA; 2014, p. 12.

Evidentemente que esta leitura mais ampla da legalidade abre espaço para que outros princípios fundamentais previstos no ordenamento jurídico sejam igualmente observados, como sustentado por Letícia Queiroz de Andrade³²⁶:

(...) enquanto essa Constituição permanecer vigente, não há norma jurídica, seja de emenda à própria Constituição, seja a que sirva especificamente para a resolução de um caso concreto, que possa ser elaborada sem que se considere e siga o sentido para o qual tais princípios apontam, sob pena de nulidade do ato jurídico (emenda, lei, decisão...) que não os tenha considerado, ou que, tendo-os considerado, lhes contrarie o sentido.

Não é possível aceitar, portanto, que qualquer regra elaborada pelo legislador possa contrariar, em abstrato ou no momento de sua aplicação prática, um princípio fundamental do ordenamento. Se dois princípios parecem indicar caminhos opostos, então a aplicação da norma deve se dar em um campo de harmonização de ambos; isto é, observar o Direito³²⁷.

Nesse contexto, ainda que a partir da regra (e, pois, do próprio princípio da legalidade) determine-se que a Administração Pública deve aplicar a sanção, uma vez verificados os pressupostos legais para tanto, pode ser que eventualmente se possa e deva agir de modo diverso, consoante previsão (ou, pelo menos, permissão) em sentido contrário.

Com efeito, a função administrativa, cujo exercício é regulado pelo direito administrativo, não está orientada única e exclusivamente pela legalidade, afinal, o regime jurídico-administrativo é orientado por “princípios que lhe são peculiares e que guardam entre si uma relação lógica de coerência e unidade (...)”.

Demais disso, entre os princípios orientadores do regime jurídico administrativo está o da finalidade, e, “por força dele a Administração subjugase ao dever de almejar sempre a finalidade normativa, adscrevendo-se a ela”³²⁸. Se “o que explica, justifica e confere sentido a uma norma é precisamente a finalidade que a anima (...)”³²⁹, então “é na finalidade da lei que reside o critério norteador de sua correta aplicação (...)”³³⁰.

³²⁶ ANDRADE, 2006, p. 24

³²⁷ Ibid., p. 24-25.

³²⁸ BANDERIA DE MELLO, 2009, p. 106.

³²⁹ Ibid., p. 106.

³³⁰ Ibid., p. 106.

Em reforço, Celso Antônio Bandeira de Mello alerta que a Administração Pública deve obediência “à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também à finalidade específica abrigada na lei a que esteja dando execução”³³¹. Logo, o ato será viciado, impondo-se sua anulação, “por violação da finalidade legal, tanto nos casos em que a atuação administrativa é estranha a qualquer finalidade pública quanto naqueles em que o fim perseguido, se bem que de interesse público, não é o fim preciso que a lei assinalava para tal ato”³³².

Mas em que consiste o interesse público? Celso Antônio Bandeira de Mello o define como sendo “a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)”³³³. Por sua vez, Emerson Gabardo³³⁴ afirma que:

A perspectiva contemporânea e que é suscitada simultaneamente ao Estado social interventor do pós-guerra decorre de uma visão conceitual do Direito administrativo pautada no seu regime jurídico (portanto, mediante a identificação de um interesse público que é encontrado não diretamente na vontade do povo ou na ontologia da solidariedade social, mas sim nos termos de um sistema constitucional positivo e soberano, cujo caráter sociointerventor precisa conviver em um equilíbrio complexo com direitos subjetivos).

Dita conclusão parece coadunar-se com a ideia de que “do ponto de vista jurídico será de interesse público a solução que haja sido adotada pela Constituição ou pelas leis quando editadas em consonância com as diretrizes da Lei Maior”³³⁵. Logo, se a solução encontrada pelo legislador para enfrentar ou responder a determinado comportamento indesejado é a sanção, então existe interesse público na sua esmerada aplicação.

O interesse público é, pois, e no entendimento de parte majoritária da doutrina, justamente o que garante “a posição privilegiada do órgão encarregado de [por ele mesmo] zelar”³³⁶. Logo, como gestor do interesse público, “o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos

³³¹ Ibid., p. 107.

³³² Ibid., p. 107.

³³³ BANDIERA DE MELLO, 2009, p. 60.

³³⁴ GABARDO, p. 285-286.

³³⁵ Ibid., p. 191.

³³⁶ BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 72.

particulares”³³⁷, o que lhe permite, inclusive por isso mesmo, impor restrições de direitos ou aplicar sanções.

Mas quando se reconhece a existência de uma multiplicidade de interesses públicos que, em determinado caso concreto, manifestados em distintas normas que se aplicam, parecem apontar para caminhos distintos, a supremacia que lhes é peculiar não soluciona uma eventual colisão.

Antes de abordar-se a questão da finalidade das sanções, mais uma análise que visa investigar possíveis respostas para o problema da presente pesquisa faz-se necessária, trata-se da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como de sua interação com a atividade administrativa sancionadora.

4.3 A FINALIDADE DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA (EM GERAL)

Em sua emblemática obra, ‘Dos delitos e das Penas’, Cesare Beccaria já anunciava uma função para a simples previsão abstrata das sanções. “Ponde o texto sagrado das leis nas mãos do povo e, quantos mais homens o lerem, menos delitos haverá; pois não é possível duvidar que, no espírito do que pensa cometer um crime, o conhecimento e a certeza das penas coloquem um freio à eloquência das paixões”³³⁸.

Neste sentido, em consonância com a lógica do direito como ordenamento coercitivo, já exposta, as sanções atuam preventivamente, visando “salvaguardar as leis das condutas contrárias aos seus preceitos”³³⁹.

Daniel Ferreira parece compartilhar deste entendimento, ao defender a finalidade da sanção como um desestímulo à “prática de condutas juridicamente reprováveis, mediante imposição de consequências desfavoráveis, danosas, a quem alei previamente determinar – aí incluídos os castigos ao infrator”³⁴⁰.

Dessa conceituação parece ser possível concluir que a finalidade preventiva da sanção se realiza também em sua aplicação em concreto, posto que “com leis penais cumpridas à letra, qualquer cidadão pode calcular exatamente os

³³⁷ Ibid., p. 72.

³³⁸ BECCARIA, Cesare, **Dos delitos e das penas**, São Paulo, Editora Martin Claret, 2002, p. 24.

³³⁹ SILVA, p. 62.

³⁴⁰ FERREIRA, 2001, p. 30.

inconvenientes de uma ação reprovável; e isso é útil, pois esse conhecimento poderá fazer com que se desvie do crime”³⁴¹.

Mas, para além da finalidade preventiva, é possível, segundo parcela da doutrina, identificar também uma finalidade repressiva, um castigo ou “punição impingida ao infrator, decorrente de um comando normativo juridicamente válido”³⁴². Paulo Roberto Coimbra Silva afirma que “no caso concreto a sanção aplicada provê um castigo ou aflição como uma solução ordeira para aplacar o instintivo sentimento humano de demandar uma retribuição”³⁴³.

Celso Antônio Bandeira de Mello pensa em sentido diverso:

Não se trata, portanto, de causar uma aflição, um mal, objetivando castigar o sujeito, leva-lo à expiação pela nocividade de sua conduta. O direito tem como finalidade unicamente a disciplina da vida social, a conveniente organização dela, para o bom convívio de todos e bom sucesso do todo social, nisto se esgotando seu objeto. Donde, não entram em pauta intentos de “represália”, de castigo, de purgação moral a quem agiu indevidamente.

Ainda, reconhece-se também na aplicação da sanção a finalidade de “recomposição da legalidade”³⁴⁴, ou seja, como instrumento de cura da ordem jurídica violada.

De todo modo, a exigência do princípio da finalidade dirige-se à aplicação da sanção adequada, sob pena de desvio. É imperativa a necessidade, portanto, do “sopesamento dos diversos valores albergados pelo Direito, não se admitindo que uma sanção, por sua intensidade exacerbada, possa comprometer outros valores e interesses também juridicamente tutelados”³⁴⁵.

Sobre essas finalidades clássicas (prevenção, repressão e recomposição de ordem jurídica violada), parece existir consenso na doutrina. Contudo, Daniel Ferreira, já em 2009, anunciava que “foi-se o tempo em que a resposta própria ao ilícito administrativo teria uma feição necessariamente aflitiva”. Isto é, mediante análise do direito positivo pátrio, referido autor examinava o binômio ilícito-sanção

³⁴¹ BECCARIA, 2002, p. 23.

³⁴² SILVA, 2007, p. 62.

³⁴³ Ibid., p.62.

³⁴⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi de, **Sanção e acordo na administração pública**, São Paulo, Malheiros Editores, 2015, p. 90.

³⁴⁵ Ibid., p. 64.

para concluir que não mais esta seguiria aquele como resposta ordinária, como inafastável implicação lógico-jurídica:³⁴⁶

(...) em senso jurídico-positivo e contemporaneamente, isto não mais importa em uma verdade “absoluta”. E não porque se queira, de qualquer modo, inovar neste âmbito; apenas porque a ordem jurídica brasileira assim possibilita (ou determina, melhor dizendo e conforme o caso).

Para ele, o direito positivo estaria a abrir espaços para soluções diversas à sanção ou, mesmo antes, à instauração do processo administrativo sancionador, o que, em última análise, colocaria em xeque a finalidade da sanção como estritamente punitiva do agir proibido no direito brasileiro.

Sem embargo, para Daniel Ferreira a finalidade da sanção administrativa é desestimular “condutas administrativamente reprováveis”³⁴⁷, mas se, ao mesmo tempo, ele reconhece ser facultado à lei “autorizar o trancamento de sua apuração em troca de algumas obrigações, além da prévia composição do dano, quando existente”³⁴⁸, então o castigo não pode ser confundido com a finalidade propriamente perseguida pelo legislador. Deste modo, esse autor assevera que “recebida a notícia de ilícito administrativo, (...) em caso de sua comprovação, deve ser a imposição da correspondente sanção administrativa – salvo se a lei permitir ou determinar em contrário”³⁴⁹.

Pelo contexto histórico vivido nos últimos anos, no Brasil, talvez o exemplo contemporâneo mais emblemático destas novas tendências seja a previsão do acordo de leniência, contido no artigo 16 da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), tendo em vista que faculta à autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública a celebração de acordo com pessoa jurídica que venha a colaborar com investigações e com o processo administrativo. Atendidas as exigências do diploma legal, o acordo tem o condão de afastar a incidência da sanção prevista no artigo 6º, inciso II (publicação extraordinária da decisão condenatória em meios de comunicação de grande circulação), reduzir a multa prevista no artigo 6º, inciso I, em até 2/3 e, ainda,

³⁴⁶ FERREIRA, 2009, p. 330.

³⁴⁷ Ibid., p. 332.

³⁴⁸ Ibid., p. 332-333.

³⁴⁹ Ibid., p. 333.

isentar a aplicação de sanção de proibição de recebimento de incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelos prazos estabelecidos na lei.

A Lei 12.529/2011, que regula o processo administrativo para apuração de infração e aplicação de sanção no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), de forma similar estatui, em seu artigo 85, a possibilidade de tomar compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei, visando suspender o processo administrativo e, cumpridas as estipulações do termo de compromisso, arquivá-lo.

Outro exemplo novíssimo é o da Medida Provisória 784, de 7 de julho de 2017, que dispõe sobre o processo administrativo sancionador da esfera de atuação do Banco Central do Brasil (BACEN) e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

O diploma legal prevê, em seu artigo 5º, as sanções passíveis de aplicação quando verificadas as infrações previstas nos artigos 3º e 4º. Dentre elas estão a multa – que pode chegar ao valor de R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais), a proibição de praticar determinadas atividades ou prestar determinados serviços e a cassação de autorização para funcionamento, todas oferecendo risco em potencial para a manutenção da atividade empresária.

Ocorre que o artigo 12 prevê que o BACEN, em juízo de conveniência e oportunidade, com vistas a atender ao “interesse público”, poderá deixar de instaurar ou suspender, em qualquer fase que preceda a tomada da decisão de primeira instância, o processo administrativo destinado à apuração de infração prevista em quaisquer normas legais e regulamentares cujo comprimento lhe caiba fiscalizar se o investigado assinar termo de compromisso, no qual se obrigue a cessar a prática sob investigação ou os seus efeitos lesivos; corrigir irregularidades apontadas e indenizar os prejuízos, quando for o caso; e cumprir as demais condições que forem acordadas no caso concreto.

Desse modo, considerando que o regime jurídico administrativo concede à Administração Pública uma série de potestades (na forma de deveres-poderes), visando oportunizar o manejo das ferramentas necessárias para a melhor persecução do interesse público, pautada pelos princípios da legalidade e da

finalidade e, ainda, tomando em conta que este regime também tem como característica a exorbitância, derrogando o direito comum³⁵⁰, então se está diante de uma atuação administrativa imperativa, baseada na autoridade, manifestada justamente em suas prerrogativas³⁵¹.

A atuação administrativa sancionatória, entendida como a competência “detida pela Administração Pública de impor unilateralmente e imperativamente sanções administrativas”³⁵², é, talvez, o “meio potencialmente mais incisivo de ingerência da Administração Pública sobre a esfera privada”³⁵³.

Isto posto, Juliana Bonacorsi de Palma³⁵⁴ identifica na atividade sancionatória o expoente do caráter imperativo da função administrativa ao afirmar que:

A regulação sancionadora constitui, assim, modelo de regulação autoritária. Seu instrumento – sanção administrativa – é imposto independentemente da aquiescência do regulado exatamente por se encontrara subsidiado pela prerrogativa imperativa. Mesmo com as especificidades da regulação sancionadora determinadas pela materialidade (conteúdo) da competência sancionadora, evidencia-se o núcleo comum da regulação autoritária, correspondente à projeção da imperatividade para determinar a imposição da decisão administrativa unilateralmente determinada (sanção). O elemento “autoridade” é patente nesse tipo de regulação.

Os diplomas legais mencionados, a título exemplificativo, no entanto, parecem indicar uma nova modalidade de atuação administrativa, no sentido de que a sanção não parece ser mais a única (ou sequer a melhor) ferramenta disponível no sistema como apta a cumprir a finalidade de recompor o ordenamento jurídico violado e/ou de desestimular comportamentos reprováveis.

De todo modo, a Administração Pública pautada pela consensualidade deve esforçar-se no sentido de realizar princípios democráticos e orientadores de uma harmonização entre os agentes privados e os agentes públicos atuantes na sociedade.

Nada obstante, essas novas formas de resolução de conflitos nem sempre serão adotadas, bastando para isso que a Administração Pública e o particular não cheguem a um “consenso” que permita a firmação de um acordo, num ou noutro

³⁵⁰ PALMA, 2015, p. 35-54.

³⁵¹ Ibid., p. 86.

³⁵² Ibid., p. 87.

³⁵³ Ibid., p. 90.

³⁵⁴ Ibid., p. 96.

sentido. Nestas hipóteses, ainda competirá à sanção administrativa, notadamente em sua aplicação concreta, resgatar o estado de legalidade, mas com o comedimento necessário.

4.3 NECESSÁRIA ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, DA PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

É importante destacar que a interação da atividade sancionadora com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade – tanto como limites positivos, como quanto limites negativos – demandam uma justa medida. “Os efeitos insuficientes de uma pena assaz branda (...) podem arrefecer a eficácia das normas jurídicas (...). D’outra margem, a pena excessivamente atroz não implementa a justiça, mas, ao contrário, afasta-a para ainda mais distante (...)”³⁵⁵.

Embora não estejam explícitos no texto constitucional, referidos princípios constam do artigo 2º da Lei 9.784/99, que impõe a obrigação de observância da razoabilidade, da proporcionalidade e da finalidade (entre outros princípios) à Administração Pública. Não obstante a suficiência de sua previsão no diploma legal supracitado, a doutrina vê ambos como implícitos nos mesmos comandos que preveem a legalidade e a finalidade (artigos 5º, II, 37 e 84) na CRFB/88³⁵⁶.

Segundo José Roberto Pimenta Oliveira, a razoabilidade consiste em um “mandamento de correta ponderação axiológica na implementação concreta do interesse público gizado na regra de competência, por imposição da normatividade constitucional desenhada no Texto de 1988”³⁵⁷. Ou seja, o princípio demanda a “demonstração integral de que a decisão administrativa incorpore, efetivamente, em seu conteúdo, a solução tolerável à tensão constada entre os princípios, valores, bens e interesses subjacentes à atividade de interpretação-aplicação do Direito (...)”³⁵⁸.

Já a proporcionalidade “implica no dever de adequação, necessidade e equilíbrio da ação administrativa. Impõe que a limitação de bens ou interesses

³⁵⁵ SILVA, 2007, p. 63.

³⁵⁶ BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 108-109.

³⁵⁷ PIMENTA OLIVEIRA, 2006, p. 182.

³⁵⁸ Ibid., p. 185.

privados por ato do Poder Público seja adequada e necessária aos fins concretos colimados”³⁵⁹.

Como examinado alhures, a vinculação da atividade administrativa sancionadora ao princípio da legalidade, especialmente no que tange à aplicação das sanções administrativas, pode gerar efeitos que, em tese, extrapolam a sua própria finalidade, qual seja a desestimular comportamentos indesejados e até mesmo punir, conforme o caso.

Ou seja, o “respeito à legalidade pressupõe aderência à finalidade”³⁶⁰ que, por sua vez “demanda a observância do princípio da razoabilidade (e proporcionalidade)”³⁶¹ especialmente para que a consequência da aplicação concreta da lei não seja incoerente.

Quanto a relação entre interesses públicos, razoabilidade e proporcionalidade – entendidos que os interesses públicos, em sua conformação jurídico-dogmática, tomam “os contornos ou a densidade que uma determinada ordem jurídica estabelecer no desenho das competências”³⁶², - Pimenta Oliveira afirma que:

A razoabilidade (e, conseqüentemente, a proporcionalidade) mantém relação estreita ou umbilical com a definição substancial do interesse público. Mostra-se como referência fundamental para a escoreita configuração do bem ou valo que legitima a ação estatal, ante cada situação enfrentada, pois implica para o administrador o dever de, a partir da Constituição e demais normas infraconstitucionais, analisar detalhadamente todo o quadro normativo regulativo da atividade, as circunstâncias específicas e os respectivos interesses jurídicos relevantes de cada caso posto à apreciação, possibilitando juridicamente compor, de forma ótima, os termos e a exata medida do interesse público que deve perseguir a Administração e das medidas por ele demandadas.

Com essa passagem, chama-se atenção para uma obviedade, qual seja, a de que não há apenas um interesse público, mas inúmeros e que variam em cada caso concreto. Dessa feita, assumindo-se a (co)existência de uma pluralidade de interesses públicos – visto que a CRFB/88 traz em seu texto também uma pluralidade de princípios positivados –, talvez o caminho para a solução de conflitos aparentemente instalados num dada situação se concretize mediante uma regra de

³⁵⁹ Ibid., p. 190.

³⁶⁰ Ibid., p. 227.

³⁶¹ Ibid., p. 228.

³⁶² Ibid., p. 237.

proporcionalidade e que tenda a conformar o ato jurídico posicionando-lhe de maneira equidistante (ou proporcional) a cada um dos interesses que agem sobre sua formação³⁶³.

Aqui, portanto, não é mais um interesse público e sua supremacia que pautam a atuação administrativa, posto que esta concepção não é útil em um enfrentamento entre partes de mesma grandeza. Por meio da razoabilidade e da proporcionalidade, “(...) a supremacia do interesse público dá lugar à máxima realização dos interesses envolvidos (...)”³⁶⁴.

A atividade administrativa sancionadora é, a exemplo de todas as demais funções da Administração Pública, “um meio para o atingimento de um fim”³⁶⁵ e, “o alcance dos fins pressupõe, de direito, o recurso a meio adequado, necessário e proporcional. Não deve o meio sancionatório ficar além nem aquém do grau requerido para cumprir a sua teleologia”³⁶⁶.

Pimenta Oliveira identifica três momentos de aplicação da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação de sanções. O primeiro é o de adequação da pena ao fato concreto. O segundo momento é o da exigência de necessidade de sanção administrativa e, finalmente, o terceiro é o da exigência da justa medida³⁶⁷.

Quanto ao primeiro, trata-se da averiguação da tipicidade do fato, ou seja, trata-se da correta qualificação jurídica dos fatos que configuram um determinado ilícito e, portanto, ensejam uma determinada (previamente) sanção³⁶⁸.

O segundo, diz respeito à possibilidade de reconhecimento da “insignificância de determinadas condutas comissivas ou omissivas ilícitas”³⁶⁹, ou seja, o entendimento razoável e proporcional aqui é o de que a Administração Pública deve “considerar materialmente atípica infração que lesione, de forma insignificante, (...) somente é exigível a sanção quando observado o grau suficiente e necessário de ofensividade ou danosidade aos interesses que se busca proteger com a cominação”³⁷⁰.

³⁶³ PIMENTA OLIVEIRA, 2006, p. 188.

³⁶⁴ BAPTISTA, Patrícia, **Transformações do Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, *apud* PIMENTA OLIVEIRA, 2006, p. 240.

³⁶⁵ PIMENTA OLIVEIRA, 2006, p. 485.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 486.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 485-495.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 486.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 491.

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 491.

O terceiro e último momento é fruto da interpretação de diversos regramentos de ordem constitucional:

A Constituição Federal assegura, não apenas perante a função legislativa, mas também frente aos exercentes da função administrativa encarregada da concretização das normas administrativas sancionatórias, o direito fundamental de individualização da pena (art. 5º, XLVI), corolário dos princípios da isonomia e dos direitos fundamentais à liberdade e à propriedade (art. 5º, *caput*), todos axiologicamente fundados na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), dentro de uma ordem jurídica assentada no valor supremo da justiça (preâmbulo e art. 3º, I). A exigência *in concreto* de proporcionalidade da sanção *vis-à-vis* a infração tipificada tem sua presencialidade no regime jurídico-administrativo amparada positivamente nestas diversas normas principiológicas. Como terceira e última exigência imposta pelo princípio da razoabilidade-proporcionalidade na conformação jurídica da sanção administrativa, impõe-se que o conteúdo do provimento sancionatório mantenha correlação axiológica com a infração sancionada, em vista das finalidades que persegue sistematicamente na ordem jurídica. Além de pertinente e necessária, a sanção deve veicular uma prescrição restritiva, em qualidade e quantidade, ajustada ao atingimento ótimo da cura do interesse público colimando, dentro das circunstâncias concretas. Todo ato administrativo sancionatório deve apresentar causa jurídica idônea, sob pena de revelar sua intolerabilidade axiológica e demandar ou autorizar a devida invalidação.

Desta forma, uma vez averiguada a infração cometida, e descartada sua insignificância, a razoabilidade e a proporcionalidade parecem fornecer os elementos necessários para resolver o questionamento de qual o percentual aplicável – entre 0,1% (um décimo por cento) e 20% (vinte por cento), de multa sobre o faturamento do exercício anterior à instauração do processo administrativo, conforme previsto no artigo 6º da Lei Anticorrupção – em um determinado caso concreto.

Contudo, como adiantado, pode ser que a solução para a reintegração da ordem jurídica violada se dê mediante “acordo”.

4.5 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONSENSUALIDADE

Se o modelo de Estado social implementado no período pós-guerra, em meados do século XX já se afastava consideravelmente tanto do Estado absoluto, quanto do Estado mínimo característico do liberalismo clássico, ao que tudo indica, o Estado do século XXI parece exigir uma Administração Pública que se afaste “cada dia mais da metáfora de uma pirâmide decisória, vertical e integrada, encerrada nos livros mais tradicionais de direito administrativo”³⁷¹.

Em alguns países, como Itália, Espanha e Alemanha, o debate sobre a consensualidade na administração pública, ou ainda, sobre a “administração concertada, ou contratualização da administração pública”³⁷², já está mais adiantado. Reflexo disso é a previsão normativa autorizativa da “adoção de esquemas consensuais pela Administração”³⁷³, ao que Juliana Bonacorsi de Palma dá o nome de “legítimos permissivos genéricos por meio dos quais a Administração encontra fundamento jurídico para celebrar acordos com os administrados em detrimento de atuação administrativa típica (imperativa e unilateral)”³⁷⁴.

Nesse cenário, Paulo Modesto³⁷⁵ define a “contratualização da atividade administrativa” como:

(...) uma diretriz política em favor da consensualidade e da composição de interesses no exercício da função administrativa. Assinala, também, não um ato, mas antes um procedimento administrativo, uma forma especial de realizar a função administrativa através da sucessão ordenada e encadeada de atos de planejamento, acorde de metas e indicadores de desempenho e de atos de fiscalização do pactuado. Por óbvio, não designa a adoção generalizada do vínculo contratual clássico no desenvolvimento da atividade de administrar a coisa pública. (...) A “contratualização” entendida em sentido amplo, desvinculado da necessária implementação do vínculo contratual, é cada vez mais empregada como técnica de realização da função administrativa e, também, de coordenação e controle da própria organização administrativa.

³⁷¹ MODESTO, Paulo, *Autovinculação da Administração Pública*, **Revista Brasileira de Direito Público (RBDP)**, Belo Horizonte, ano 8, n. 29, abr./jun. 2010, Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=67633>. Acessado em: 20 de junho de 2017, p. 12.

³⁷² Ibid., p. 12..

³⁷³ PALMA, 2015, p. 100.

³⁷⁴ Ibid., p. 100.

³⁷⁵ MODESTO, Op. Cit. p. 14.

Referido autor destaca, ainda, que, entre as razões que vem justificando o crescente uso das ferramentas de consensualidade, está a “maior eficácia das decisões quando produzidas com a adesão voluntária dos envolvidos”³⁷⁶, posto que “ampliam a legitimada da decisão concertada (...), e oferecem (...) aos órgãos de controle ou supervisores parâmetros objetivos para o exercício das próprias prerrogativas de fiscalização e coordenação”³⁷⁷.

Maria Tereza Fonseca Dias identifica, na contemporaneidade, significativas transformações nos institutos clássicos do direito administrativo sob influência de três fatores³⁷⁸: a) “democratização do País e a consolidação constitucional do paradigma do Estado Democrático de Direito”³⁷⁹; b) “à ampliação da noção de ordenamento jurídico e a superação da Administração Pública submissa à legalidade, agora vinculada a juridicidade”³⁸⁰ e c) “a proposta de implantação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, a partir do ano de 1995 no Brasil, sob a influência de modelo de Reforma Administrativa gerencial”³⁸¹.

Para ela, ainda, como resultado desse processo de democratização, “um modelo de Administração Pública consensual tende a substituir as formas de atuação unilateral do agente público (...)”³⁸², de modo a alargar-se o sentido do princípio da legalidade (identificando-o como princípio da juridicidade), chegando-se ao ponto de que:

o seu efeito na compreensão dos acordos administrativos será indicar e orientar a teleologia destes instrumentos, a partir dos princípios da Administração Pública (art. 37, *caput*, da CR/1988), notadamente o da eficiência, pensado como princípio que deve combinar a economicidade (relação de custo/benefício dos recursos públicos empregados nas ações administrativas) com valores éticos de boa administração.

Estes fatores, em especial a ampliação da noção de legalidade e sua transformação em um novo princípio, da juridicidade, tendem a apontar para um

³⁷⁶ Ibid., p. 14.

³⁷⁷ Ibid., p. 14.

³⁷⁸ DIAS, Maria Tereza Fonseca, *Acordos administrativos: reflexões e apontamentos para a revisão da legislação dos contratos administrativos*. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 145, jan. 2014, Disponível em <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=99198>. Acesado em: 20 de junho de 2017, p. 3.

³⁷⁹ Ibid., p. 3..

³⁸⁰ Ibid., p. 3

³⁸¹ Ibid., p.3.

³⁸² Ibid., p. 3.

caminho de harmonização de interesses – não só de interesses públicos em oposição a interesses privados (como o dos sócios da empresa sancionada) como também de um interesse público (de sancionar) com outro de mesma ordem (o de busca do pleno emprego).

Mas a relevância do debate contemporâneo parece centrar-se na investigação da existência de cláusulas genéricas permissivas de uma consensualidade no direito brasileiro. A consensualidade, tomada em um sentido mais restrito, é definida por Juliana Bonacorsi de Palma como "técnica de gestão administrativa por meio da qual acordos entre Administração Pública e administrados são firmados com vistas à terminação consensual do processo administrativo pela negociação do exercício do poder de autoridade estatal (prerrogativas públicas)"³⁸³.

Em um primeiro momento, é possível responder somente com base nos exemplos legislativos citados acima que alguns diplomas legais pátrios já incorporam a noção de Administração Pública e consensualidade. É, no entanto, impossível concluir, só por esses diplomas legais, que o legislador conferiu à Administração Pública uma autorização para acordar sempre que lhe pareça oportuno e conveniente na persecução dos interesses públicos. Neste sentido o ensinamento de Daniel Ferreira, que, ao identificar a "tendência", ressaltou a necessidade de leis que determinem ou facultem à Administração Pública a adoção de medidas diversas à ordinária aplicação da sanção:³⁸⁴

É de dizer: não há escolha entre processar ou não processar, entre sancionar ou não sancionar, salvo quando a lei dispuser em contrário, mesmo porque é desnecessário frisar tal obviedade – a de que ato de hierarquia inferior não pode liberalizar o que o estado de legalidade obriga. Qualquer segundanista de direito sabe disso.

Neste mesmo sentido, Juliana Bonacorsi de Palma destaca em um "modelo de previsão normativa difusa de atuação administrativa consensual"³⁸⁵ somente no âmbito de abrangência da lei específica que prevê a possibilidade de medida alternativa à sanção, a Administração Pública está autorizada a utilizá-la³⁸⁶.

³⁸³ PALMA, 2015, p. 111.

³⁸⁴ FERREIRA, 2009, p. 332-333.

³⁸⁵ PALMA, Op. Cit. p. 235.

³⁸⁶ Ibid., p. 235.

Seria necessário, para a utilização ampla da consensualidade, um “modelo de previsão normativa por permissivo genérico” para que “a Administração Pública como um todo [pudesse] (...) celebrar acordos administrativos independentemente de previsão, ou não, em norma específica”³⁸⁷. E, de fato, não há na Lei que regulamenta o processo administrativo em âmbito federal (Lei 9.784/99), por exemplo, um permissivo genérico nesses moldes.

Neste sentido, uma última cogitação sobre o tema diz respeito à entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) e as previsões contidas em seu artigo 3º, § 2º, de que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos e, mais especificamente, em seu artigo 15, que prevê que as disposições do novo código se aplicarão, na ausência de normas que regulem processos administrativos, de forma supletiva e subsidiária.

Quanto à aplicação desse novo códex no âmbito do processo administrativo federal, Egon Bockmann Moreira³⁸⁸ destaca que:

Uma vez que o CPC/2015 não revogou a Lei 9.784/1999 (nem as demais leis de processo administrativo), a sua aplicação pressupõe a harmonização recíproca dos diplomas normativos (e não a exclusão de um deles), fazendo com que o CPC/2015 se integre à racionalidade da Lei 9.784/1999, sempre de modo supletivo e subsidiário. A compatibilidade é a ideia-chave para tal incidência.

Logo, como a Lei 9.784/99 não veda a utilização de ferramentas de consensualidade, estas – pelo menos em tese – poderiam funcionar tanto na condição da regra de permissão genérica para a Administração Pública, quanto como um comando imperativo de (busca de) consensualidade. Neste sentido, mais uma vez vale-se do escólio de Egon Bockman Moreira³⁸⁹ não só sobre a

³⁸⁷ Ibid, p. 235.

³⁸⁸ MOREIRA, Egon Bockmann, *O impacto doCPC/2015 nos processos administrativos: uma nova racionalidade*, In: **Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado – RERE**, num 104, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/o-impacto-do-cpc-2015-nos-processos-administrativos-uma-nova-racionalidade>. Acessado em 01 de Julho de 2017.

³⁸⁹ MOREIRA, Egon Bockmann, *O novo código de processo civil e sua aplicação no processo administrativo*, In: **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 313-334, set./dez. 2016, Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjhitfA0O3UAhXDf5AKHZdYDzAQFgh-MAC&url=http%3A%2F%2Fwww.migalhas.com.br%2FdePeso%2F16%2CMI233787%2C71043->

consensualidade, mas sobre outras previsões do Novo Código de Processo e sua aplicação imediata aos processos administrativos

Por outro lado, há normas fundamentais processuais que autorizam novas incidências, ampliativas e/ou reconformadoras. Por exemplo, os artigos 3º (a inafastabilidade parametrizada pela arbitragem, mediação e solução consensual de conflitos); 4º (duração razoável e efetividade do processo); 6º (dever de cooperação processual e efetividade); 8º (dever de o julgador atender aos fins sociais e exigências do bem comum, além de promover a dignidade da pessoa); 9º (conjugação do princípio do contraditório com as tutelas de urgência e de emergência); e 12 (ordem cronológica dos julgamentos, a ser mais bem examinada adiante). Dúvida não pode haver, portanto, quanto à incidência imediata dessas normas fundamentais, exatamente nessa condição, ao processo administrativo — cujo fundamento é constitucional, em normas cuja aplicabilidade é inicialmente desenhada pela Lei no 9.784/1999 e pelo CPC/2015.

De todo modo – e ainda que à margem dessa particular e novidadeira polêmica, que refoge aos contornos desta dissertação – não se pode negar que os temas explorados até o presente momento são úteis para o derradeiro (re)exame da função social da empresa como limite ao dever-poder sancionador da Administração Pública.

4.6 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO LIMITE AO DEVER-PODER SANCIONADOR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O princípio da função social da propriedade – previsto na CRFB/88 como um direito fundamental (artigo 5º, inciso XXIII) e como um princípio da ordem econômica (artigo 170, inciso III) – “se aplica integralmente à função social da empresa, que se constitui em um aspecto dinâmico do direito de propriedade (propriedade de bens de produção)”³⁹⁰.

Por um lado, o princípio determina que “a liberdade individual de iniciativa empresarial não torna absoluto o direito ao lucro. (...) o grande poder que é

O%2Bnovo%2BCodigo%2Bde%2BProcesso%2BCivil%2Be%2Bsua%2Baplicacao%2Bno%2Bproceso%2Bdo&usg=AFQjCNGv6mGWe90uNEEMro718wtsoblqKA. Acessado em 2 de julho de 2017.

³⁹⁰ FALLER, Maria Helena Ferreira Fonseca, **Função social da empresa e economia de comunhão**: um encontro à luz da constituição, Curitiba, Juruá, 2013, p. 97.

concentrado em empresas na sociedade atual deve possuir uma contrapartida social”³⁹¹. Isto não poderia ser diferente, posto que, conforme explica Maria Helena Fonseca Faller:

(...) a empresa é o espaço no qual se desenvolve grande parte do tempo de vida dos sujeitos. As relações que se desenvolvem nos espaços empresariais condicionam a formação da própria personalidade e consciência de seus colaboradores. Todo esse complexo de vida, de fato, não é visualizado por meio de resultados contábeis, excessivamente considerados nas avaliações empresariais. Será que o único bem de valor que uma empresa possui é o seu lucro? Esta é uma das questões que se impõe para a discussão da função social da empresa. Uma empresa que pretende cumprir sua função social deve alargar sua mentalidade para além dos conteúdos eminentemente numéricos.

Não por outra razão, as conclusões da pesquisa até aqui desenvolvida apontam para a “função social da empresa [como] (...) corolário de uma ordem que, embora constituída por vários princípios, possui a finalidade comum de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social”³⁹². É o princípio que insere a atividade empresarial no contexto do Estado social brasileiro.

Por outro lado, o princípio impõe também uma proteção à atividade empresária que cumpre sua função social. Esta proteção se dá justamente para que os interesses da coletividade estejam resguardados, e não os privados (do empresário) ou mesmo a dimensão individual da propriedade dos meios de produção, ainda que o resultado também a eles aproveite.

Em verdade, o que se está querendo proteger é a capacidade da empresa de gerar empregos, renda e tributos (interesses de toda a coletividade) e, além disso, a capacidade de inter-relação desta com outras empresas que prestam serviços ou fornecem os insumos à produção, também gerando empregos, renda e tributos.

Este é justamente o espírito do princípio da manutenção da empresa, derivado da função social, que orienta, por exemplo, o espírito da Lei 11.101/2005. Não por acaso, em seu artigo 47, encontra-se a previsão de que a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do

³⁹¹ Ibid., p. 98.

³⁹² Ibid., p. 99.

emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

É certo, portanto, que a importância da manutenção da atividade empresária no Brasil encontra respaldo não só na CRFB/88 – que prevê como direito fundamental a função social da propriedade, extensível à propriedade dos meios de produção –, mas também na legislação infraconstitucional, notadamente nas disposições da Lei 11.101/2005.

É também evidente, no entanto, que a atividade empresarial, para que cumpra seus fins, seja regulada pelo Estado, posto que a este cabe a persecução da realização do interesse público em suas mais diversas facetas e da harmonização dos “princípios constitucionais dispares”³⁹³ que caracterizam a ordem econômica constitucional brasileira.

Especificamente no que tange à atividade administrativa sancionadora, e como inserida na economia capitalista moderna, “numa sociedade sem fronteiras e de riscos, ensejadora de novos comportamentos, públicos e privados, inusuais em termos remotos”³⁹⁴, ela começa – segundo Daniel Ferreira – a ter:

(...) valorados os efeitos, jurídicos e materiais, diretos e indiretos, imediatos e mediatos (...), num cenário de responsabilização administrativa sensível aos direitos e interesses, das pessoas humanas e das pessoas jurídicas, isoladamente consideradas ou em face de toda a coletividade.

Mas, se por um lado, a “sociedade contemporânea (...) global, tecnológica e de riscos”³⁹⁵ parece reclamar “papéis renovados para o Estado Brasileiro e para a própria Administração Pública, sob pena de não mais cumprirem, com a adequação necessária, sua própria razão de existir”³⁹⁶, por outro, o princípio da legalidade ainda é não só “capital para a configuração do regime jurídico administrativo”³⁹⁷, mas

³⁹³ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 47.

³⁹⁴ FERREIRA, Daniel, *Sanções administrativas: entre direitos fundamentais e democratização da ação estatal*, **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 12, n. 12 p. 167-185, julho/dezembro 2012. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/download/309/280>, Acessado em 03 de julho de 2017, p. 168.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 169.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 169.

³⁹⁷ BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 99.

também “específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria”³⁹⁸.

A vinculação da atividade sancionadora no exercício da função administrativa aos estritos termos da legalidade – no que diz respeito à necessária aplicação da sanção prevista, uma vez verificada a ocorrência do ilícito prescrito na norma primária – parece obstar qualquer análise contextualizada que vise se valer de outros princípios para afastar este comando imperativo.

É neste contexto que, finalmente, localiza-se a questão que se pretende responder: se, e em que medida, o princípio da função social de empresa pode (ou deve) funcionar como um limite ao dever-poder sancionador da Administração Pública.

Para que seja possível esboçar uma resposta, exploraram-se os contornos e o alcance da legalidade em sua necessária relação com os princípios da finalidade, a razoabilidade e a proporcionalidade e, finalmente, com as alternativas oferecidas pela consensualidade.

Quanto ao binômio legalidade/finalidade, se a finalidade da lei se confunde com seu espírito, sua razão de ser, e o princípio da finalidade é uma inerência da legalidade “pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada³⁹⁹, e, ainda, se justamente os princípios irradiam “sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas (...)”⁴⁰⁰, então é possível entender que, por consequência lógica, não há norma no ordenamento pátrio, que, ao intervir no exercício do direito de propriedade, possa desconsiderar, como um todo, os ditames do princípio da função social, posto que este é princípio fundamental do ordenamento.

Assim, em existindo uma dimensão protetiva do princípio da função social da propriedade e, por consequência, do princípio da função social da empresa, então passa a ser de interesse público que as empresas que cumprem sua função social sejam protegidas. Sendo este o caso, cabe (re)lembrar que “qualquer ato

³⁹⁸ Ibid., p. 100.

³⁹⁹ Ibid., p.106-107.

⁴⁰⁰ Ibid., p. 53.

administrativo que dele [do interesse público] se desencontre será necessariamente inválido”⁴⁰¹.

Cabe, no entanto, novamente atentar para o alerta de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca do interesse público (como orientador da finalidade) contido nas leis específicas. Se, portanto, uma eventual ponderação entre a aplicação da sanção e a proteção da atividade empresária resultar no afastamento (por completo) da sanção, então a finalidade e, por conseguinte, o interesse público ali positivado, a princípio em acordo com as normas constitucionais, deixou, por completo de ser realizado (ou mesmo perseguido). Assim, este critério não parece suficientemente adequando para, no limite, solucionar a questão. Embora tenha sua inegável validade na apreciação do *quantum* ideal da sanção a ser aplicada.

Proporcionalidade e razoabilidade no que diz respeito ao específico momento de aplicação da sanção também não parecem sugerir uma conclusão diferente a partir da análise da finalidade.

Ademais, embora este tema não tenha sido explorado – por uma questão de recorte metodológico – os dois princípios pressupõe-se, já incidiram no momento da elaboração da norma que prescreve o comportamento e prevê a sanção para o seu descumprimento. Neste sentido, José Roberto Pimenta Oliveira destaca que:

Não se discute a ampla margem de conformação legislativa na estipulação das sanções. [é, no entanto] (...) imperativa a exigência da proporcionalidade na fixação das sanções administrativas. Assim, em nível geral e abstrato, tem o administrado direito público subjetivo de exigir a adequação axiológico-normativa entre o antecedente e o consequente da norma jurídico-sancionatória.

Isto significa dizer que, embora o caso concreto possa mostrar realidade diversa, a sanção prevista na norma deve – pelo menos em tese – ser abstratamente proporcional à gravidade (também abstrata) da conduta. Portanto, mais uma vez, impõe ressaltar que a norma encerra em si uma finalidade específica, que, neste caso, pode mostrar-se na previsão de uma sanção grave, dada a similar gravidade na valoração da conduta que não se deseja ver ocorrida.

⁴⁰¹ BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 181.

É, portanto, difícil, se não mesmo impossível, concluir que a atenção aos primados da razoabilidade e da proporcionalidade pode favorecer a manutenção da empresa a ponto de determinar a não aplicação de sanção, quando constatado o ilícito.

Quanto à solução proposta pela nova ideia de consensualidade, o corrente debate sobre “a existência de margem de autonomia da vontade no âmbito do aparato público”⁴⁰² parece estar longe de permitir, ressalvadas as esparsas leis que já o fazem, que o acordo funcione como ordinário e genérico substitutivo de sanção administrativa mediante conveniência e oportunidade da Administração Pública.

Por outro lado, no âmbito dos acordos substitutivos que já se encontram previstos em lei, Juliana Bonacorsi de Palma⁴⁰³ afirma que:

A relevância da disciplina da consensualidade pela esfera infralegal é inquestionável. (...). A disciplina normativa da consensualidade não se limita apenas à nota da legitimidade do Poder Público para dispor sobre a concertação administrativa, mas também de assegurar ao administrado conhecimento do instrumento consensual adotado pelo órgão ou entre administrativo, assim como da dinâmica de atuação administrativa consensual, para que tenha maior margem de negociação. As normas que disciplinam a atuação administrativa consensual também cumprem o exposto papel de conferir o desenho mínimo para que o administrado estabeleça sua estratégia negocial e consiga obter, assim, melhores resultados no pacto dos termos do acordo substitutivo.

Aparentemente, pois, onde ainda não há diploma legal específico e autorizador, a substituição da sanção administrativa legalmente prevista por outra medida menos aflictiva – ou mesmo, por suposição, mais eficiente na busca pela harmonização dos vários princípios orientadores do ordenamento jurídico brasileiro – dentre os quais o da função social da empresa – ainda deve se dar fora da função administrativa. Melhor dizendo, se for o caso, competirá ao juiz aplicar as leis e o Direito ao caso, inclusive valendo-se das técnicas de ponderação examinadas, para fazer valer uma solução que recomponha a ordem jurídica e *pari passu* mantenha a empresa em plena atividade.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 267.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 275-276.

Afinal, são igualmente do interesse público tanto a aplicação da sanção administrativa (como instrumento para desestimular comportamentos reprováveis) como a manutenção da atividade empresarial, notadamente por sua aptidão para geração de empregos e de riqueza.

De todo modo, Priscila Beppler Santos e Daniel Ferreira⁴⁰⁴ já propuseram a assunção da função social da empresa como fundamento para os critérios diferenciados de previsão e aplicação previstos na Lei Complementar 123/2006. Os autores destacam as previsões contidas, por exemplo, no artigo 38B, que determina redução de multas aplicadas em decorrência de ausência de prestação ou incorreção no cumprimento de obrigações acessórias devidas aos diversos órgãos dos entes estatais em percentuais que chegam a 90%⁴⁰⁵.

Nessa esteira, também é possível também mencionar a previsão do artigo 55, §7º, do mesmo diploma legal, que determina a observância do necessário tratamento diferenciado das microempresas e empresas de pequeno porte para fixação de valores de multa aplicadas no âmbito da fiscalização de questões relativas a aspectos trabalhistas, metrológicos, sanitários, ambientais, de segurança, de relações de consumo e de uso e ocupação do solo. Isto se deve ao reconhecimento da “especial função social das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte e na própria vulnerabilidade de sua estruturação empresarial”⁴⁰⁶. E, ainda, notadamente à especial relevância das empresas dessa natureza na geração de empregos formais no Brasil.

Lembre-se, entretanto, que o princípio da função social da empresa não determina somente a proteção de empresas de um determinado porte. Em verdade, o que aqui se afirma é que este princípio determina, sim, a proteção de quaisquer empresas que o façam por merecer, especialmente cumprindo sua função social nos moldes esmiuçados, atendendo as vulnerabilidades resultantes da falta de emprego e renda, auxiliando na realização dos objetivos da República e na concreção de direitos fundamentais sociais.

⁴⁰⁴ SANTOS, Priscila Beppler; FERREIRA, Daniel. **Limites ao dever-poder sancionador para as microempresas e empresas de pequeno porte nos contratos administrativos visando ao desenvolvimento nacional sustentável**, Disponível em <http://portaldeperiodicos.unibrazil.com.br/index.php/anaisevinci/article/viewFile/921/897>, Acessado em: 02 de Julho de 2017.

⁴⁰⁵ Ibid.

⁴⁰⁶ Ibid.

Faz-se necessário, portanto, na aplicação de sanções pela Administração Pública,

(...) ter em mente que os direitos fundamentais podem ser impactados pelo exercício da potestade administrativa sancionadora, de forma direta e imediata, ou, pior, de modo indireto e mediato, mas que pode chegar a vulnerar sua própria essência como delimitada juridicamente. Por exemplo, em decorrência da aplicação de uma multa que, por seu impacto, atinge o âmago da própria propriedade.⁴⁰⁷

Destarte, o princípio de que está se tratando é o da função social da empresa, que revela o interesse coletivo na propriedade privada, que, também, compõe seu âmago por força do Estado social constitucional.

Ou seja, se, por um lado, o exercício da função administrativa sancionadora encerra em si uma gama de interesses públicos, e funciona fundamental e adequadamente na prevenção de comportamentos indesejáveis e na recomposição do ordenamento jurídico violado – quando a prevenção não foi suficiente, por outro ainda assim é “necessário proteger (...) a pessoa jurídica em sua utilidade coletiva”⁴⁰⁸:

Isto significa que esses dois princípios não de necessariamente informar a atividade administrativa para, em cada caso concreto, considerarem-se – antes das tomadas de decisão – os efeitos, imediatos e mediatos, da (potencial) sanção administrativa nos seus destinatários, diretos e indiretos. Ademais, há quem sustente, ainda, que reconhecer a função social da empresa é uma forma de valorizar a dignidade da pessoa humana. (...). No contexto, quem exerce função administrativa sempre deve estar atento ao cumprimento da lei com vistas ao (potencial) atingimento da finalidade que legitima determina a prática de cada ato. Logo, se num específico caso concreto se puder facilmente antever que o resultado da prática do ato desbordará do fim legal pelas circunstâncias particulares, então não apenas o ato será nulo (se, porventura, ainda assim praticado), mas deverá o agente ver-se responsabilizado pessoalmente, até mesmo porque ninguém está obrigado ao cumprimento de ordem (decorra ela da lei ou de um ato administrativo) manifestamente desconforme ao Direito.

⁴⁰⁷ FERREIRA, 2012, p 171.

⁴⁰⁸ Ibid., p. 181.

Embora possa parecer que Daniel Ferreira lança mão de um argumento consequencialista, o qual, em tese, poderia justificar, por parte da Administração Pública, a não aplicação de uma sanção no caso concreto (mesmo quando constatada a ocorrência do ilícito), é precipitado concluir que, para ele, sempre essa será a resposta adequada. Afinal, é dele que parte o contundente alerta para o fato de que o agente público que porventura deixar de apurar ou aplicar sanções – fora dos limites legais – pode estar sujeito às “sanções correspondentes por ato de improbidade, falta (disciplinar) grave ou mesmo condescendência criminosa”⁴⁰⁹, razão pela qual, conclui, “pode e deve o Poder Judiciário eventualmente afastar a lei para dizer o Direito”⁴¹⁰.

4.7 CONSIDERAÇÕES FINAIS PARCIAIS

A vinculação da atividade administrativa ao princípio da legalidade, embora necessária para evitar que a Administração Pública fuja da persecução dos interesses públicos, pode conduzir a situações que colidem com os princípios fundamentais que sustentam o modelo de Estado social brasileiro presente na CRFB/88.

Visando conformar as potestades aos comandos principiológicos que, em alguns casos, parecem contraditórios, esta mesma legalidade deve estar pautada pela finalidade (que pode ser encontrada na positivação constitucional dos interesses públicos), pela razoabilidade e pela proporcionalidade.

Este é o caso, também, da potestade sancionadora, ou melhor, do dever-poder sancionador, que deve estar sempre pautado – em abstrato como *in concreto* – pela adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, evitando, assim, o exagero punitivo, e que pode, afinal, transpor a finalidade de desestimular um comportamento a ponto de aniquilar o sujeito que nele incorreu. Isto é, no caso das empresas, a sanção porventura imposta – mormente quando dimensionável no caso concreto – não pode inviabilizar a manutenção da atividade, sob pena de desatenção insuportável ao princípio da função social da empresa.

⁴⁰⁹ Ibid., p. 182.

⁴¹⁰ Ibid., p. 182

Não por outra razão, parece correto afirmar que, justamente por ser fundamental à ordem constitucional brasileira e expressar verdadeiro interesse da coletividade, o princípio da função social da empresa deve servir como limite ao exercício do dever-poder sancionador administrativo ou mesmo como argumento idôneo para eventual adoção de um “acordo”. Afinal,

Faz-se obrigatório desvelar o sistema coerente, lógico e escalonado hierarquicamente, portanto organizado a partir de princípios (expressos ou implícitos) e de regras, de coordenação e de subordinação, que presidem sua organicidade e informam o atuar da Administração Pública (I) na elaboração dos atos normativos complementares à lei; (II) na constatação da conduta como típica, antijurídica e reprovável em cada caso concreto; (III) na imposição (e aplicação) da resposta desestimuladora; (IV) ou, alternativamente, na tomada de providências outras quando legalmente previstas) que não de índole sancionadora.⁴¹¹

E é justamente nas alternativas que não de índole sancionadora que a resposta para a realização desta difícil harmonização de princípios constitucionais parece, afinal, se viabilizar. E não no incremento da previsão/aplicação de infrações e sanções, especialmente porque, conforme José Roberto Pimenta Oliveira⁴¹²:

Em termos de estabelecimento das sanções, é possível afirmar que a ordem jurídica autoriza o estabelecimento de sanções administrativas, mediante lei formal, quando não seja possível oferecer aos bens jurídicos afetados uma igual ou maior proteção através de meios não-sancionatórios, menos lesivos.

Talvez a regulamentação dos acordos na esfera administrativa, de uma forma genérica, aplicável com maior amplitude, venha a permitir que a Administração Pública, no momento de decidir pela aplicação ou não da sanção, com base em critérios motivados de “oportunidade” ou “conveniência”, tenha maior liberdade para reconhecer e equilibrar os interesses públicos em jogo, inclusive a defesa da propriedade em seu aspecto coletivo.

Isto posto, é possível, aparentemente, afirmar que o dever-poder sancionador da Administração Pública pode sim encontrar limites na função social da empresa como, também por conta dele, se deva preferir a firmação de acordos que

⁴¹¹ Ibid., p. 176.

⁴¹² PIMENTA OLIVEIRA, Op. Cit. 2006, p. 479.

suspendam o processo administrativo, ou mesmo que substituam a sanção, quando assim a lei permitir. Não parece ser possível sustentar, pelo menos por enquanto, que ele se preste a genericamente afastar a aplicação de sanções administrativas de maneira absoluta, ao que se soma o fato de que deixar de cumprir “dever de ofício” (no caso, impor a sanção – quando constatado o ilícito administrativo, já que assumida como atividade ordinariamente vinculada) pode ser assumido como ato de improbidade administrativa (*ex vi* do contido no art. 11, inciso II, da Lei nº 8.429/92).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme delineado na introdução, o foco do presente estudo foi responder se, e em que medida, a função social da empresa pode funcionar como um limite para o dever-poder sancionador da Administração Pública. A resposta para o problema foi antecipada nas considerações finais parciais do último capítulo e, além disso, a opção pela elaboração de considerações finais parciais dispensa maiores retomadas dos argumentos analisados.

Isto posto, toma-se a liberdade de fugir do escopo pré-delimitado, que pautou todos os recortes metodológicos até o momento, para tecer alguns breves comentários visando levantar outros questionamentos podem ser, futuramente pertinentes e suficientemente delimitados para a confecção de novas pesquisas.

Assim, é fato que o modelo de Estado que se deseja, com base nas prescrições constitucionais, não é de fácil concreção. Em verdade, a dificuldade de harmonizar interesses que frequentemente parecem apontar para caminhos opostos já era preocupação de Georg Jellinek, quando anunciava que “Ao redor de dois pontos candentes, gira toda a vida do gênero humano: o indivíduo e a coletividade. Compreender a relação entre ambos, unir harmoniosamente essas duas grandes potências que determinam o curso da história, pertence aos maiores e mais árduos problemas com que a ciência e a vida se defrontam. Na ação, como no pensamento, prepondera ora um, ora outro dentre esses fatores”⁴¹³.

No esforço de buscar uma atuação menos imperativa por parte da Administração Pública, mais focada na harmonização de interesses, os argumentos que possibilitam a conclusão de que o princípio da função social da empresa pode servir como um limite ao dever-poder sancionador da Administração pública poderiam também ser estendidos a outros princípios do ordenamento pátrio.

Com as devidas ressalvas pela falta de concreta análise sobre os exatos contornos, o comando contido no artigo 3º, inciso II da CRFB/88 – que elegera como um dos objetivos da República a garantia do desenvolvimento nacional - poderia, da mesma forma, exigir que o Estado deixasse de adotar medidas que pudessem

⁴¹³ JELLINEK, Georg, *Ausgewählte Schriften und Reden*, erster Band, Berlin, 1911, p. 53-54 *apud*, BONAVIDES, 2014, p. 1.

resultar em finalidade diversa (não só no que diz respeito à aplicação de sanções). Este, evidentemente, é só um exemplo, outro problema de pesquisa (talvez).

Ainda neste sentido, o atual panorama doutrinário e legislativo parece indicar um incremento do uso dos acordos, seja para suspender processos administrativos que visam apurar sanção, seja para substituir a sanção, buscando uma alternativa menos drástica e mais eficiente para a recomposição do ordenamento jurídico violado. E, neste sentido, se já não está presente por meio do Novo Código de Processo Civil a cláusula geral permissiva de acordos no âmbito do exercício das funções administrativas (como se concluiu), a pesquisa demonstrou que, de maneira difusa, é certo que um modelo de consensualidade no direito brasileiro indubitavelmente se faz presente.

Deste contexto surge uma dúvida. Partindo-se da premissa que o Direito permanece como uma ordem coercitiva, e que uma das finalidades da sanção – tanto em abstrato quanto em concreto – é prevenir práticas contrárias aos comportamentos desejados pela coletividade. Poderia o exponencial uso das ferramentas consensuais enfraquecer o caráter justamente o caráter coercitivo da norma jurídica?.

É bem verdade que esta parece uma preocupação mais ligada a questões de filosofia do direito. Isto porque a discussão sobre os elementos suficientes e necessários para a caracterização da norma jurídica e se a coercitividade está entre eles, dificilmente encontra adeptos nas esferas mais preocupadas com a *praxis*.

A sugestão de que é possível imaginar um ordenamento jurídico não coercitivo, visto que não é a ameaça de um mal a ser imposto em caso de comportamento indesejado, mas sim uma adesão voluntária, uma internalização do conjunto de regras, ganha importância com a publicação da obra 'O conceito de direito', de Herbert Lionel Adolphus Hart, em 1961⁴¹⁴.

Mas hoje esta proposição encontra forte oposição naqueles que creem que a ausência de coerção resultaria também na ausência de eficácia do direito. Ou seja, a promessa de uma consequência negativa para quem voluntariamente desrespeita a prescrição legal e o efetivo cumprimento da promessa, quando do efetivo descumprimento do comando, é fundamental, visto que, constantemente, a lei obriga

⁴¹⁴ SCHAUER, Frederick, **The force of Law**, Massachusetts, Harvard University Press, 2015, p. ix.

a adoção de comportamentos que não seriam adotados em um estado de ausência de regramentos jurídicos⁴¹⁵.

Estas reflexões, no entanto, merecem um esforço investigativo consideravelmente mais detalhado, o que não será feito aqui. Certo é que os eventuais resultados da adoção de novos modelos de resolução de conflitos pela Administração Pública são fruto da imperiosa necessidade de acompanhar uma sociedade que evolui em complexidade, tecnologia e dilemas de cunho moral e jurídico em uma velocidade impressionante e sem precedentes.

A seu tempo, os sucessos e fracassos na tentativa de atingir a sociedade que se quer, inclusiva, solidária, justa e pautada pelos valores da dignidade da pessoa humana, mostrar-se-ão.

⁴¹⁵ Ibid, p. 1-10.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves, *Colisão de normas: distinção entre ponderação e juízo de adequação*, In: **Revista de informação legislativa**, Ano 51, número 203 jul/set 2014, Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/507411/001017676.pdf?sequence=1>. Acessado em 30 de junho de 2017.

ALEXANDER, Larry. **What are principles and do they exist**, Legal Studies Research Paper Series, Research Paper n 13-119, San Diego, University of San Diego, 2013.

ALEXY, Robert, **On the structure of legal principles**, Ratio Juris. Vol 13, N3, setembro, Oxford, Blackwell Publishers, 2000.

_____, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva, Malheiros, São Paulo, 2008.

AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente, **A função social da empresa no direito constitucional econômico brasileiro**. São Paulo, SRS, 2008.

ANDRADE, Letícia Queiroz de, **Desapropriação de bens públicos: à luz do princípio federativo**, São Paulo, Malheiros Editores, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de, *O conceito de serviços públicos no direito constitucional brasileiro*, In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n 17, fevereiro/março/abril, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acessado em 25 de agosto de 2015.

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de, *A evolução do direito de propriedade ao longo dos textos constitucionais*, in: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, V 103, p. 781-791 Jan/Dez 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, **Curso de direito administrativo**, São Paulo, Malheiros Editores, 2009.

_____, **Elementos de direito administrativo**, 3 ED, São Paulo, Malheiros, 1981.

_____, **Grandes temas de direito administrativo**, São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

BARACAT, Eduardo Milleo; CALADO, Veronica, *A função social da empresa e as cotas para os trabalhadores com deficiência*, in: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de, **Direitos humanos dos trabalhadores**, São Paulo, Ltr, 2016.

BARROSO, Luís Roberto, *A ordem econômica constitucional e os limites à atuação Estatal no controle de preços*, In: **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n 14, junho/agosto, 2002, Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>, Acesso em: 26 de junho de 2016.

_____, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**, São Paulo, Saraiva 2011.

BECCARIA, Cesare, **Dos delitos e das penas**, São Paulo, Editora Martin Claret, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**, São Paulo, Malheiros, 2005.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; CORRÊA, Felipe Abu-Jamra, **Responsabilidade Social da empresa e as ações afirmativas: implicações do estatuto da igualdade racial**. 1ª Ed., Curitiba, JM, 2012.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto, **Responsabilidade social das empresas: práticas sociais e regulação jurídica**, Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2006.

BEZNOS, Clóvis, **Poder de polícia**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1979.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Elsevier, Rio de Janeiro, 1992.

_____, **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**, São Paulo, ícone, 2006.

_____, **Teoria da Norma Jurídica**, Tradução: Fernando Pavan Batista e Ariani Bueno Sudatti, 3ª ED, Bauru, EDIPRO, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**, 11 ED, São Paulo, Editora Malheiros, 2014.

BORGES, Camila Aparecida; BENACHIO, Marcelo, *A recuperação judicial e o direito humano ao desenvolvimento*, In: COSTA, Daniel Carnio. **Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências**, Vol. 2, Curitiba, Juruá, 2015.

BRASIL. Exposição de motivos da Lei 11.101/05, de 09 de fevereiro de 2005 **Dispõe sobre a exposição de motivos para criação da lei de recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580930>> . Acessado em 10 de maio de 2017.

CLARO, Carlos Roberto, **Recuperação Judicial: sustentabilidade e função social da empresa**, São Paulo, LTr, 2009.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial, Volume 1: Direito de empresa**, 16ª ED, São Paulo, Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fabio Konder, *Estado, empresa e função social*, In: **Revista dos Tribunais**, N 732, p. 38 -46 outubro de 1996.

_____, **Estado, Empresa e Função Social**, Revista dos Tribunais, ano 85, V. 732, out de 1996.

_____, *Função da propriedade dos bens de produção*, RDM63, São Paulo, Editora RT, Apud: GRAU, 2008.

_____, **Função Social da propriedade dos bens de produção**, Disponível em

https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwjt3p6-rPrTAhUDEZAKHSpdDBcQFggrMAE&url=https%3A%2F%2Fedisciplinas.usp.br%2Fmod%2Fresource%2Fview.php%3Fid%3D1185816&usq=AFQjCNEz4ScB3cAGP1xQPcBT6_7hclMPtQ&cad=rja, acessado em 16 de maio de 2017.

COMTE, A. **Teorias Positivistas**: Coleção os Pensadores, São Paulo, Nova Cultural, 1989.

COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira, **A Constitucionalização do Direito de Propriedade Privada**, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2003.

COSTA, Daniel Carnio, *Recuperação Judicial deve ocorrer de forma ética e adequada*, in: **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-nov-24/daniel-costa-recuperacao-judicial-ocorrer-forma-etica-adequada> Acessado em 20 de maio de 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito administrativo**, São Paulo, Editora Atlas, 2014.

_____, *Função social da propriedade pública*, **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n6, abril/maio/junho, 2006. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acessado em 29 de junho de 2017.

DIAS, Maria Tereza Fonseca, *Acordos administrativos: reflexões e apontamentos para a revisão da legislação dos contratos administrativos*. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 145, jan. 2014, Disponível em <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=99198>. Acesado em: 20 de junho de 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, Tradução Nelson Boeira, 3 Ed. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FALCÃO, Ismael Marinho. **Direito agrário brasileiro**, São Paulo, Edipro, 1995.

FALLER, Maria Helena Ferreira Fonseca, **Função social da empresa e economia de comunhão**: um encontro à luz da constituição, Curitiba, Juruá, 2013.

FAZZIO JUNIOR, Waldo, **Lei de falência e recuperação de empresas**, 6ª ED, São Paulo, Atlas, 2012.

FERREIRA, Daniel, *Sanções administrativas: entre direitos fundamentais e democratização da ação estatal*, **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 12, n. 12 p. 167-185, julho/dezembro 2012. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/download/309/280>, Acessado em 03 de julho de 2017.

_____, **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2009.

_____, **Sanções Administrativas**, São Paulo, Editora Malheiros, 2001.

FERREIRA, Leandro Taques; TEIXEIRA, Tarcísio, *Função social da empresa: conceito e aplicação*, in: **Revista de Direito Empresarial**, Vol 15/2016, Mai/Jun 2016, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.

FRANÇA, Vladimir da Rocha, *Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor*, In: **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n 6, junho/julho/agosto, 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acessado em: 08 de outubro de 2015.

FRIEDMAN, Milton. *The social responsibility of business is to increase its profits*. New York Times, NY. Sept. 13, 1970.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte, Fórum, 2009.

GONDINHO, André Osório, *Função social da propriedade*, in: TEPEDINO, Gustavo (Coord), **Problemas de direito civil-constitucional**, Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**, 13ª Ed. São Paulo, Malheiros, 2008.

GUNTHER, Luiz Eduardo; SANTOS, Willian Franklin dos, *A encíclica Rerum Novarum e o princípio da subsidiariedade*, in: GUNTHER, Luiz Eduardo; VILLATORE, Marco Antônio César (Coords.) **Rerum Novarum: estudos em homenagem aos 120 anos da Encíclica Papal**, Curitiba, Juruá, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, Tradução: Luís Carlos Borges, 4ª ED, São Paulo, Martins Fontes, 2005.

_____, **Teoria Pura do Direito**, Tradução: João Baptista Machado, 8ª ED, São Paulo, Martins Fontes, 2009, p. 48-49.

LEAL JUNIOR, João Carlos, *Ensaio sobre o princípio da função social da empresa na lei 11.101/2005*. In: **Revista Forense**, Vol. 409, p. 507-524, Rio de Janeiro, Forense, mai-jun 2010.

LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira, **Empresa e função social**, Curitiba, Juruá, 2009.

LOCKE, John, **Carta acerca da intolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano**; Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro, 2ª ED, São Paulo, Abril Cultural, 1978.

LUCCA, Newton de, **Da ética geral à ética empresarial**, São Paulo, Quartier Latin, 2009.

LUCCAS, Fernando Pompeu, *Aspectos gerais e princípios in: COSTA, Daniel Carnio. Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências*, Vol. 2, Curitiba, Juruá, 2015.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **A autonomia privada e a função social da empresa**. In FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Direito Civil: Atualidades II**. Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MALUF, Carlos Alberto Dabus, **Limitações ao direito de propriedade**, São Paulo, Saraiva, 1997.

MAMEDE, Gladston, **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**, São Paulo, Atlas, 2006.

MELLO, Rafael Munhoz de, **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**, São Paulo, Malheiros, 2007.

MODESTO, Paulo, *Autovinculação da Administração Pública*, **Revista Brasileira de Direito Público (RBDP)**, Belo Horizonte, ano 8, n. 29, abr./jun. 2010, Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=67633>. Acessado em: 20 de junho de 2017.

_____, *Função Administrativa*. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n 5, janeiro/fevereiro/março 2006, Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acessado em 17 de junho de 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 30ª Ed. São Paulo, Atlas, 2014.

MORAES, José Diniz, **A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988**, São Paulo, Malheiros, 1999.

MOREIRA, Egon Bockmann, *O impacto do CPC/2015 nos processos administrativos: uma nova racionalidade*, In: **Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado – RERE**, num 104, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/o-impacto-do-cpc-2015-nos-processos-administrativos-uma-nova-racionalidade>. Acessado em 01 de Julho de 2017.

_____, *O novo código de processo civil e sua aplicação no processo administrativo*, In: **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 313-334, set./dez. 2016, Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjhitfA0O3UAhXDf5AKHZdYDzAQFgh-MAc&url=http%3A%2F%2Fwww.migalhas.com.br%2FdePeso%2F16%2CMI233787%2C71043-O%2Bnovo%2BCodigo%2Bde%2BProcesso%2BCivil%2Be%2Bsua%2Baplicacao%2B>

2Bno%2Bprocesso%2Bdo&usg=AFQjCNGv6mGWe90uNEEMro718wtsoblqKA.
Acessado em 2 de julho de 2017.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed.. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

MUSETTI GROTTI, Dinorá Adelaide, *Teoria dos serviços públicos e sua transformação*, In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.), **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo, Editora Malheiros, 2006.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. GARCIA, Flávio Amaral. *A principiologia no direito administrativo sancionador*. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 37, janeiro/fevereiro/março de 2014. Disponível na Internet:. Acesso em: 30 de maio de 2017.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo de, **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo de, *Uma nova responsabilidade administrativa empresarial*, in: GEVAERD, J; TONIN, M. M. (Coord.) **Direito empresarial e Cidadania: questões contemporâneas**. Curitiba, Juruá, 2004.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta, **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**, São Paulo, Malheiros Editores, 2006.

OSÓRIO, Fabio Medina, **Direito administrativo sancionador**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000.

PALMA, Juliana Bonacorsi de, **Sanção e acordo na administração pública**, São Paulo, Malheiros Editores, 2015.

PAPA LEÃO XIII, **Rerum Novarum**: Carta encíclica de sua santidade o Papa Leão XIII sobre a condição dos operários, 10 Ed, São Paulo, Paulinas, 1997.

PAPA PIO XI, **Encíclica Quadragesimo Anno**, disponível em https://w2.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html Acessado em 01 de maio de 2017.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes, **Regulação, fiscalização e sanção: fundamentos e requisitos da delegação do exercício do poder de polícia administrativa a particulares**, Belo Horizonte, Fórum, 2013.

PERLINGIERI, Pietro, **Perfis do Direito Civil**, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia**, Coimbra, Almedina, 2005.

RAMIREZ, Maria Lourdes. *La sanción administrativa y su diferencia com otras medidas que imponen cargas a los administrados en el contexto español*, in **Revista de Derecho**, n. 27, julio, 2007, pp. 272-292, Universidad del Norte, Barranquilla,

Colombia, 2007, Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiS74_IkvHUAhVHPJAKHS4uDcMQFggIIMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.redalyc.org%2Fpdf%2F851%2F85102711.pdf&usq=AFQjCNG5TkJ90RbLAYIRaP13ZSuCW3NWhw. Acessado em: 24 de maio de 2017.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, São Paulo, Saraiva, 2010.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da, **Função social da propriedade pública**, São Paulo, Malheiros Editores, 2005.

_____, **Terceiro setor**, São Paulo, Malheiros Editores, 2006

SALOMÃO FILHO, Calixto, *Regulação e Desenvolvimento*, In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.) **Regulação e Desenvolvimento**, São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

SANTOS, Priscila Beples; FERREIRA, Daniel. **Limites ao dever-poder sancionador para as microempresas e empresas de pequeno porte nos contratos administrativos visando ao desenvolvimento nacional sustentável**, Disponível em Disponível em <http://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/anaisevinci/article/viewFile/921/897>, Acessado em: 02 de Julho de 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional*, In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.), **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**, Florianópolis, Qualis, 2015.

SCHAUER, Frederick, **The force of Law**, Massachusetts, Harvard University Press, 2015

SCORSIM, Ericson Meister, *Serviços Públicos*, In: HAGER, Marcelo (Coord.), **Curso de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Forense, 2007.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta, Companhia das Letras, São Paulo, 2010.

SILVA, José Afonso da, **Curso de direito constitucional**, São Paulo, Malheiros Editores, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da, **A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**, São Paulo, Malheiros Editores, 2014.

_____, **Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**, Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais 1, 2003.

SILVA, Paulo Roberto Coimbra. **Direito Tributário Sancionador**, São Paulo, Quartier Latin, 2007.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte, **Tratado de direito falimentar**, Rio de Janeiro, Forense, 2008.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sergio A. de Moraes, (Coord), **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

STEFANIAK, Jeaneth Nunes, **Propriedade e função social**: perspectivas do ordenamento jurídico e do MST, Ponta Grossa, Editora UEPG, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari, *Função social da propriedade*, in: DALLARI, Adílson Abreu; FIGUEIREDO, Lucia Valle, **Temas de direito urbanístico 1**, São Paulo, Editora RT, 1987.

THEODORO JUNIOR, Humberto, **O contrato e sua função social**. 2ª ED, Rio de Janeiro, Forense, 2004.

TOKARS, Fábio L, *Função social da empresa*, in: RAMOS, C.L.S (Coord.) **Direito Civil Constitucional**: situações patrimoniais, Curitiba, Juruá, 2002.

TOMASEVINICIUS FILHO, Eduardo, *A função social da empresa*, in: **Revista dos Tribunais**, N 92, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

VITTA, Heraldo Garcia, **A sanção no direito administrativo**, São Paulo, Malheiros Editores, 2003.

VITTA, Heraldo Garcia, **Poder de polícia**, São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

ZARDO, Francisco, **Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos**: com as alterações da Lei anticorrupção (Lei 12.846/2013), São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014.