

HERLEIDE HERCULANO DELGADO

**O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE
EMPRESARIAL**
VERDADE, PARADOXO, COMPLEXIDADE E FORMAS JURÍDICAS

João Pessoa
2016



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE
EMPRESARIAL
VERDADE, PARADOXO, COMPLEXIDADE E FORMAS JURÍDICAS

por

Herleide Herculano Delgado

Dissertação apresentada como requisito à
propositura da defesa final e obtenção do grau de
Mestre em Direito Econômico pela Universidade
Federal da Paraíba.

Área de Concentração: Direito Econômico

Orientador: Prof. Dr. Luciano Nascimento Silva

João Pessoa
2016

D352p Delgado, Herleide Herculano.
O princípio da função social da atividade empresarial:
verdade, paradoxo, complexidade e formas jurídicas / Herleide
Herculano Delgado.- João Pessoa, 2016.
79f.
Orientador: Luciano Nascimento Silva
Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCJ
1. Direito econômico. 2. Princípio da função social.
3. Ativismo empresarial. 4. Ocultação de paradoxo. 5. Teoria
dos Sistemas Sociais. 6. Teoria do Construtivismo.

UFPB/BC

CDU: 346.1(043)

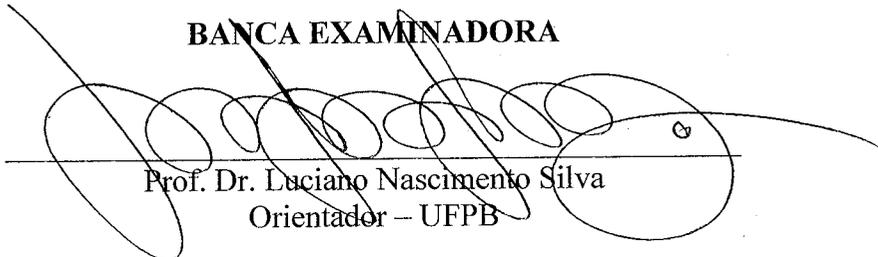
HERLEIDE HERCULANO DELGADO

**O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE
EMPRESARIAL
VERDADE, PARADOXO, COMPLEXIDADE E FORMAS JURÍDICAS**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba – UFPB.

Aprovada em 29 de fevereiro de 2016.

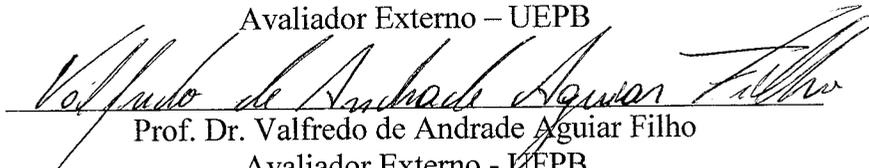
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Luciano Nascimento Silva
Orientador – UFPB

Prof. Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho - UFPB
Avaliador Interno – UFPB

Prof. Dr. Antônio Roberto Faustino da Costa
Avaliador Externo – UFPB



Prof. Dr. Valfredo de Andrade Aguiar Filho
Avaliador Externo - UFPB

Ao meu pai João Herculano Pereira, primeiro
incentivador na minha jornada no mundo do
pensamento jurídico, influência marcante no
magistério.

AGRADECIMENTOS

A Deus, meu tudo

A papai (João Herculano Pereira) e mamãe (Maria Cleomar Azevedo Herculano).

A meus irmãos Harlan, Harlanne e Herleine.

A Hélio Júnior, José, João e Hélio Neto.

A todos os familiares diretos e indiretos.

A Luciano Nascimento, meu orientador, minha eterna gratidão, principalmente por ter me ensinado na simplicidade a pensar livremente e a entender os pensamentos dos outros como sendo deles. Enfim, construímos uma realidade.

A todos os professores maravilhosos do PPGCCJ, em especial a turma do colegiado com quem dividi longos dias nas reuniões com muita dedicação e bom humor.

A CAPES que me possibilitou mais tempo aos estudos como bolsista.

A todos os meus colegas do “PPGCCJ TOP” pelos estudos, discussões acadêmicas, carinho, incentivo, risadas, cappuccinos, cervejas e vinhos. Pessoas ótimas, registro para a eternidade.

A todos os funcionários que me incluíram na cota dos professores e sempre foram muito carinhosos comigo desde abrir as salas a lembrar de mim e oferecer um chazinho.

A Luísa Gadelha, minha amiga, e Fernando pelo carinho e dedicação.

A Alex da xerox, parceiro de sempre.

Aos meus alunos dos estágios e nas aulas que ministrei.

Ao DATAB, com quem tive a oportunidade de fazer parte do Diretório Acadêmico por dois anos.

Por fim, a Bella por ter passado longos dias e noites comigo enquanto eu escrevia minha dissertação.

Vais vivendo aí, que vou vivendo aqui. Cada um com o conhecimento que pensa ter, porque ao final saberemos que vivemos uma eterna busca do saber... Recolhe tuas pretensões de conhecimento adquirido e te reconheces como um mendigo do saber... Depois tu me contas.

(Herleide Herculano)

RESUMO

O presente trabalho é o resultado da pesquisa feita sobre o princípio da função social da atividade empresarial, enquanto propriedade privada econômica, disposto do artigo 170 da Constituição Federal. Tem como objetivo principal descortinar o paradoxo normatizado da transferência de uma obrigação do Estado para uma atividade que tem em sua natureza, única e exclusivamente, a obtenção do lucro, assim como objetivos específicos: a) expor a temática sob a lógica da Teoria dos Sistemas e do Construtivismo, fazendo um entrelaçamento, numa forma de dialética, entre o pensamento econômico liberal Iluminista e o pensamento da lógica sistêmica autopoietica, b) bem como despertar a postura da observação do sistema social, e dos seus subsistemas, para ampliação da capacidade cognitiva dos observadores, com o intuito de fomentar a criação de possibilidades jurídicas e novas teorias para as complexidades geradas pelas contingências e pela velocidade da mutação da sociedade. O estudo, ora proposto, se deu pela constatação da ineficácia, na *práxis*, do princípio econômico constitucional exposto e pela observação da falta de estudos desta temática sob o viés crítico jurídico, teórico construtivista, teórico sistêmico e filosófico, tendo a pretensão de expandir as discussões nesse entorno e contribuir com a comunidade acadêmica e social. Ao longo da pesquisa, até o presente momento, foi possível enxergar um vasto campo para exploração de debates acadêmicos e discussões no âmbito da linguagem, da comunicação, das diversas compreensões, e de novos conhecimentos para colaborar com a dinâmica social.

PALAVRAS CHAVES: Princípio da Função Social. Atividade Empresarial. Ocultação de Paradoxo. Teoria dos Sistemas Sociais. Teoria do Construtivismo. Autopoiese.

ABSTRACT

This work is the result of research done on the principle of the social function of business activity, while economic private property, provisions of Article 170 of the Federal Constitution. It aims to unveil the standardized paradox of transfer of a government bond for an activity that is in its nature, unique and exclusively, getting the profit, as well as specific objectives: to expose the issue under the logic of systems theory and constructivism, making an interlacing, in a dialectic between the liberal economic thought Enlightenment and the thought of autopoietic systemic logic, as well as to increase the position of observation of the social system and its subsystems, to expand the cognitive capacity of observers with in order to foster the creation of legal possibilities and new theories to the complexities generated by the contingencies and the speed of changing society. The study proposed here, was due to the finding of ineffectiveness, in practice, the above constitutional economic principle and by observing the lack of studies of this issue from a legal critical bias, constructivist theory, systemic and philosophical theory, with the intention to expand discussions that around and contribute to the academic and social community. Throughout the research to date, it was possible to see a vast field for exploration of academic debates and discussions within the language, communication of the various understandings and new knowledge to work with the social dynamics.

KEYWORDS : Principle of Social Function . Business activity. Concealment of Paradox. Theory of Social Systems . Constructivist theory. Autopoiesis

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	1
1 - O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL: A invenção de uma verdade.....	6
2 - FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PRIVADA: A ocultação de paradoxo.....	26
2.1 - A Função Social da Propriedade Individual e Rural.....	33
2.2 - A Função Social da Propriedade/Atividade Empresarial.....	37
2.3 - A Função Social da Propriedade Empresarial e a Revelação de um Paradoxo.....	39
3 - A LIVRE CONCORRÊNCIA: Uma complexidade <i>erkenntnisprinzip</i>.....	44
4 - A FUNÇÃO DAS FORMAS JURÍDICAS: Sistema e poder.....	59
5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	71
REFERÊNCIAS.....	74

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho expõe o princípio da ordem econômica constitucional da função social da atividade empresarial, enquanto propriedade privada econômica, disposto do artigo 170, inciso III, da Constituição Federal, à luz da dialética¹ entre o discurso liberal iluminista e a teoria dos sistemas abordada por Niklas Luhmann, na busca de uma produção teórica ou conceitual para o seguinte questionamento: Como entender a ideia de uma obrigação social, através de um princípio na ordem econômica, a um sujeito, o empresário e sua atividade, que tem sua natureza puramente no capital e no lucro pelo lucro? Esse questionamento gira em torno de uma problemática estrutural normativa que parte de uma hipótese de confusão conceitual, uma vez que é visível a ineficácia da obrigação de uma função social para a atividade empresarial e que não há como conceituá-la, uma vez que se contradiz com sua natureza existencial, qual seja, o lucro.

Revelar a verdade pretendida, o paradoxo, a complexidade e as formas jurídicas, do princípio proposto, que insiste em serem ocultados pelo pensamento jurídico e trabalhos científicos, da transferência de uma obrigação do Estado para uma atividade que tem em sua natureza, única e exclusivamente, a obtenção do lucro, assim como verificar a existência deste princípio, da função social da atividade empresarial, e sua eficácia/ineficácia, na *práxis*, é o objetivo principal deste trabalho. Em desdobramento, compromete-se em: a) expor a temática sob a lógica da teoria dos sistemas e do construtivismo, fazendo um entrelaçamento entre o pensamento econômico iluminista liberal e o pensamento da lógica sistêmica autopoietica, numa dialética aristotélica e; b) adotar a postura metodológica da observação do sistema social, e dos seus subsistemas, para ampliação da capacidade cognitiva dos observadores, com o intuito de fomentar a produção de teorias e formulações conceituais para as complexidades geradas pelas contingências e pela velocidade da mutação da sociedade.

O estudo, ora proposto, foi motivado pela observação da ineficácia, na *práxis*, do princípio econômico constitucional exposto, mas que é sustentado por vários pensadores como essencial para a sociedade, em um discurso humanístico. Os estudos, até então realizados, demonstram o pensamento iluminista liberal e apresentam conceitos vastos para a função social empresarial, onde muitos defendem a necessidade latente deste princípio e outros, poucos, posicionam suas críticas e reconhecem a incompatibilidade de uma função social para a atividade empresarial, mas nada além das teorias clássicas.

¹ Dialética é a arte do diálogo por excelência, assim como a arte de demonstrar uma tese, utilizando-se de argumentação, capaz de definir e distinguir claramente os conceitos envolvidos na discussão. (KONDER, 2008)

No entanto, é pela observação da falta de estudos desta temática sob o viés teórico-construtivista, sistêmico, sociológico e filosófico, que este trabalho se destaca com uma diferente abordagem, tendo a pretensão de expandir as discussões nesse entorno, saindo dos discursos já existentes e projetando um conhecimento para além do que já se tem, contribuindo com a comunidade acadêmica e social. Ao longo da pesquisa, até o presente momento, foi possível observar um vasto campo para exploração de debates acadêmicos e discussões no âmbito da linguagem, da comunicação, das diversas compreensões, e de novos conhecimentos para colaborar com a dinâmica social.

Quanto à demarcação teórica e metodológica do estudo, a trajetória da pesquisa iniciou-se com a busca do conceito lógico jurídico da função social da propriedade privada, enquanto atividade empresarial contida no rol dos princípios da ordem econômica constitucional. Da constatação da sua inexistência legal constitucional, assim como os conceitos equivocados, dados pelos pensadores do direito, iniciou-se um estudo do que viria a ser e qual o objetivo do legislador em inseri-lo no texto constitucional.

A partir daí detectou-se um problema estruturante, uma vez que toda atividade empresarial tem como função basilar a obtenção do lucro e o princípio sugerindo, em tese, uma contribuição social. Estando contrárias as intenções estabelecidas na *práxis*, embora se possa perceber um propósito econômico político. Desta maneira, passou-se a analisar a abordagem do tema de forma científica, entendendo a análise como o método mais característico do procedimento científico.

Pois bem, esta análise buscou seguir os critérios formais da demarcação científica, no fito de um discurso lógico, sistêmico e persuasivo, que são a coerência, a sistematicidade, a consistência, a originalidade, a objetivação e a discutibilidade, para gerar uma formalização, que se tem como fundamental para nossa tradição científica, e critérios políticos de demarcação científica. O conhecimento científico através dos fenômenos políticos reflete as mudanças e a evolução da história da humanidade e delimita marcos fundamentais na sociedade.

O viés político econômico que a pesquisa tomou foi um caminho percorrido quase que inevitável, pois não tinha como se falar em ordem econômica constitucional, propriedade privada, atividade empresarial e função social sem adentrar no limiar da política, porque critérios políticos de cientificidade não eliminam os formais.

Muito embora a politicidade abordada esteja presente não no véu lançado pelo iluminismo, mas na ideia de poder, dialeticamente falando, no sentido de manipulação do saber e do poder como forma de estruturar a sociedade satisfazendo interesses ocultos.

O estudo, ora apresentado, tentou lançar uma abordagem diferente sobre o tema, tendo em vista a repetição de conceitos formais liberais iluministas, sem a preocupação na observação do que estaria por trás do véu destas ideias, trazendo à baila o que está oculto para discussão científica e reflexão sociológica através da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.

A teoria dos sistemas de Luhmann é a base epistemológica desta pesquisa, que traz a possibilidade de se observar o tema escolhido, não numa busca a uma resposta sobre o certo ou errado, mas na resposta do sentido das formas que se delimitam e se posicionam para movimentar o sistema social que vive em constante operação, dada a velocidade das relações e das descobertas. Assim, a função social da propriedade privada, como atividade empresarial, é abordada em categorias dialéticas delimitadas no estudo como a verdade, o paradoxo, a complexidade e as formas jurídicas envolta deste princípio.

Nesse sentido a teoria dos sistemas de Luhmann contempla a pretensão da pesquisa quando esmiuçando em primeiro plano conceitos como verdade, paradoxo, complexidade e formas jurídicas e assim adentrando em universos conceituais mais diversos como razão, invenção, observação, contingência, comunicação, memória, tempo, certeza, *autopoieses*, poder, saber, conhecimento, causalidade, efeitos, risco, seletividade, acoplamento estrutural, entre outros, que trazem um novo comportamento textual sob a ótica do observador pesquisador.

O corte epistemológico enfoca basicamente a realidade jurídica constitucional do Brasil, em especial o princípio da função social da propriedade privada na ordem econômica, em que a propriedade privada é tida como atividade empresarial, diferente das propriedades privadas já delimitadas na Constituição como individual e rural.

Por fim, utilizou-se de uma metodologia que deve ser interpretada como matriz original e em estágio experimental denominada *metodologia construtivista da interpretação jurídica*, consistindo em um conjunto de métodos que apontam para uma sustentação científica do Direito como produto de natureza social, como conhecimento global que se acende mediante leitura, pensamento reflexivo, instrução comunicacional, erudição e sabedoria, numa perspectiva da identificação de um conjunto de conhecimentos socialmente adquiridos, organizados e produzidos, num reconhecimento histórico de acumulação, e realizado por estruturas, métodos e metodologias, teorias e linguagens especificamente transformadas, num olhar de compreensão e orientação das atividades humanas, políticas, culturais e sociais. O direito é produto científico interdisciplinar e multidisciplinar na representação de instrumento de apropriação da complexidade comunitária e social. A soma dos conhecimentos humanos, assim como uma ciência sempre em construção que é produzida

com a ideia de ser empregada a objetivos de uma realidade comunicativa na esfera “básica científica” que trata dos aspectos mais gerais ou fundamentais da problemática realidade social.

O trabalho está organizado, além da introdução, em quatro capítulos correlacionados. A introdução, que ora se apresenta, por meio de sua contextualização, o tema proposto neste trabalho. Da mesma forma foram estabelecidos os resultados esperados por meio da definição de seus objetivos e apresentada a delimitação do trabalho permitindo uma visão clara do escopo proposto.

O Capítulo primeiro traz o estudo sobre os princípios e a diferença destes para as regras. Em um primeiro momento percorre as premissas comuns das teorias liberais iluministas, transcorrendo a linha do tempo para por fim chegar à apresentação do princípio sob o olhar da teoria dos sistemas e do construtivismo, como uma invenção metafísica, objeto de construção, da cognitividade da mente humana, capaz de expandir a teoria do conhecimento, que precisa de uma verdade que o torna legítimo no plano normativo. A verdade, enquanto invenção, apresentada neste capítulo é a Função Social posta no artigo 170 da Constituição, uma vez que se contempla a possibilidade de se estabelecer verdade neste contexto sob duas formas: pela normatização ou pela decisão jurisdicional. A invenção, decorrida da verdade estabelecida, traduz a necessidade de sua existência para o funcionamento do sistema, embora incontrolavelmente gere paradoxos, como é o caso da função social da atividade empresarial, como se verá a seguir.

Logo após, no Capítulo segundo, o trabalho engrena na discussão da função social da propriedade privada como ocultação do paradoxo. Apresenta os conceitos normativos existentes sobre propriedade privada, detecta a ausência de um conceito próprio para o princípio da propriedade privada enquanto atividade empresarial e expõe a exigência normativa e a ausência da eficácia, na *práxis*, deste princípio, comprovando a ilusão funcional com o famoso caso de Pinheirinhos. Deste modo adentra no pensamento Construtivista expondo a existência do paradoxo como um instituto funcional necessário, e não contraditório, o que justificaria a sua ocultação, permitindo que se construa novas bases de interpretação no intuito de se conter as complexidades surgidas das relações sociais.

O Capítulo terceiro faz uma abordagem do princípio da livre concorrência, como uma complexidade auto explicativa decorrente do princípio da função social da atividade empresarial. A complexidade é trazida ao corpo do trabalho no fito de expor as várias possibilidades irradiadas de um único princípio, da função social no caso. Neste capítulo a temática se volta em especial para uma complexidade específica, considerada a mais danosa

que é a do *marketing* verde, uma vez que se detecta uma forma de monopólio mascarado pelo discurso ecológico, que em um nível de seletividade de complexidade se é ocultado, justificando sua auto-explicação. Assim é possível encontrar também a relação de causa e efeito que o observador vai conseguir selecionar para melhor operacionalidade.

Por fim, o capítulo quarto expõe a função das formas jurídicas, fazendo uma relação de sistema e poder. A abordagem deste capítulo segue o contexto proposto através do pensamento filosófico iluminista sobre o saber e o poder, sob o olhar de Foucault. É explorado o tema central, princípio da função social da atividade empresarial, e a formas jurídicas advindas deste para uma justificativa sistêmica relacionado com o poder, retomando o discurso da verdade, como aquilo que é o que se quer que seja e não o que se é realmente. Apresenta o direito como um instrumento de fim e não com uma função, fim para legitimar as intenções e necessidades do poder político econômico. Se justificando ao final todo o sentido da existência normativa do princípio da função social da atividade empresarial, embora sem ter sentido algum na *práxis*.

1- Princípio Econômico da Função Social: a invenção de uma verdade

Os princípios começaram a ser impulsionados, como fundamentos jurídicos, mais intensivamente, em detrimento do liberalismo, em meados do século XVIII. Por liberalismo entende-se um conjunto de ideias, princípios, teorias, doutrinas e pensamentos político-jurídicos, que visam a assegurar a denominada liberdade individual, no campo da política, da moral, da religião, da economia, entre outros, dentro do sistema social, mas que, por vezes, oculta interesses para seu fiel cumprimento dentro deste mesmo sistema.

Entre as características lógicas do liberalismo, que podem ser ressaltadas, estão: a liberdade, como um todo, inclusive a econômica (livre iniciativa e livre concorrência), a limitação do governo com a mínima intervenção do Estado nos assuntos econômicos, a proteção da propriedade privada, a igualdade das pessoas perante a lei e o individualismo. Este individualismo não é sinônimo de egoísmo, como defendido por muitos, segundo Barros (1992, p.46), mas, sinônimo “de confiança do indivíduo e convite ao seu esforço”.

Numa vazão histórica social surgiu o Iluminismo, que veio logo após as ideias liberais e a elas se fundiu. Na Europa vem com a ideia de democracia, liberalismo econômico e liberdade de pensamento, considerado assim movimento intelectual. Para os iluministas, a razão (*ratio*), sendo “a faculdade que proporciona os princípios do conhecimento *a priori*” (KANT, 2014, p. 31), viria para iluminar as trevas do regime predominante que se caracterizava pelo absolutismo monárquico, pelo poder da igreja e a economia mercantilista. Assim, o Iluminismo trazia um novo momento que o homem vivia, momento em que as verdades até então estabelecidas eram questionadas. A liberdade econômica deveria ser preservada do Estado, não podendo este se apoderar, quando se detecta também o favorecimento da evolução da ciência por meio da razão, com filósofos marcantes como John Locke, Voltaire, Jean-Jacques Rousseau, Montesquieu, Diderot, Immanuel Kant e Benjamin Constant.

Segundo Leite (1996, p.32), “Kant observa que junto à faculdade cognoscitiva há no homem uma faculdade racional dirigida à ação, porquanto introduz a ordem nas suas inclinações e motivações”. Sendo assim, a capacidade cognitiva, para Kant, está diretamente ligada a razão e a possibilidade de tornar o pensamento em realidade se impondo no campo das relações entre os homens, através das suas ações.

Diante destes momentos sociais, o documento social passou a ser escrito e capaz de irradiar os seus nortes baseados nestes pensamentos e razões para todos, normatizando

comportamentos necessários para o Estado e o sistema social de forma a concretizarem as propostas, fruto das revoluções. Este documento, intitulado de Constituição, terminologicamente sendo “ato ou efeito de constituir; Modo por que se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização”, segundo dicionário da língua portuguesa, Aurélio (2009, p. 261), passou então por fases marcantes desde então.

Refletidas no comando da Revolução Francesa, de “liberdade, igualdade e fraternidade”, as vontades despertadas de cobranças de direitos caminham a passos rápidos, tornando-se o grito mais fácil nas ruas e nos debates. Assim se viveu a liberdade, que abriu as portas à economia e ao crescimento financeiro dos países, afirmada pelo constitucionalismo liberal ou garantista. Ademais, ressaltam-se também nesta fase características marcantes como o surgimento da separação dos poderes, poder constituinte originário e derivado, o Estado de Direito, assim como o surgimento da escola da exegese que limitava os juízes a interpretar a Constituição de maneira estritamente literal.

No século XX, a lei positivada ganhou prestígio pleno, contemplando a necessidade do momento social pretérito. Assim a teoria pura do direito de Hans Kelsen pôde se acomodar de maneira eficaz. Kelsen lança esta teoria metodológica na ideia de que,

[...] quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental (1998, p.1).

Intocável, a lei, para o referenciado autor, deveria ser preservada ao ser aplicada exatamente para o fim a que fora criada sem extensão de interpretação². O autor supracitado

² KELSEN, no auge da neutralidade ultra-ideológica contida na sua *Teoria Pura do Direito*, reconhece que o direito positivo oferece apenas um moldura na qual encontram-se inseridas várias possibilidades de aplicação: "a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma dela se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. [...] Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo" (KELSEN, 1998, p. 390-391).

continua sua argumentação destacando os valores pautados, nesta teoria, deveriam ser os objetivos e não os subjetivos, assim os valores seriam sempre positivos ou negativos de acordo com a norma objetivamente válida, dentro de uma conduta do ser e dever ser (1998, p.21).

Logo após, veio o constitucionalismo intervencionista, entre a 1ª e a 2ª guerras mundiais, que pôs freio ao liberalismo exacerbado em prol da igualdade, podendo as atividades econômicas, uma vez que se detecta a fragilidade do Estado Liberal diante da forte desigualdade social estabelecida. Neste momento, a liberdade se tornou contrária à igualdade, pois se os homens eram livres como poderiam se curvar aos interesses dos outros? Surgiu a necessidade, sócio-econômica, de entender que os direitos que contemplam os sujeitos encontram limites em detrimento de outros, sendo coagido a parar em um determinado momento. Enfim, a liberdade se esvaía com a mesma intensidade com que fora conquistada, pois embora não houvesse hierarquia entre estes reflexos pós-revolução, foi essa a conclusão ao final das lutas, por muitos autores renomados. Para outros esta é uma interpretação equivocada, como colocado por Neumann (1969, p.167) “[...] é historicamente impossível afirmar que o intervencionismo estatal, por si só, diminui a extensão e a eficácia da liberdade do cidadão”, fazendo um estudo de casos entre a Alemanha Imperial e a intervencionista República de Weimar³.

Para alguns a necessidade desta fase se deu para salvaguardar o próprio capitalismo, uma vez que “a manutenção do liberalismo redundaria no fim do próprio capitalismo. Isto é, o sistema criado para fazer prosperar a ideia de um sistema econômico do capital acabaria por fulminar este último”(AMARAL, 2008, p.19). Para o referido autor, e tantos outros, a intervenção do Estado se deu de maneira necessária para minimizar as desigualdades sociais instaladas pelo liberalismo e desde então este foi o objetivo das Constituições: o sistema capitalista dosado pela distribuição de riquezas, por parte do Estado através de políticas públicas, afim de, garantir o bem estar social.

A nova fase do constitucionalismo vem aprofundar mais ainda a fase pretérita, trazendo à tona a inclusão dos direitos de solidariedade e fraternidade. A dimensão destes direitos, segundo Karel Vasak⁴ e outros, inclusive Paulo Bonavides, diz ser aquela que aborda os “direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio

³ O autor exemplifica constatando que a Alemanha Imperial, que era menos intervencionista de um modo geral, protegia a liberdade com muito menor eficácia do que a muito mais intervencionista República de Weimar (NEUMANN, 1969, p. 197)

⁴ BONAVIDES (2006, p. 563) faz referência ao autor citado quando trata da teoria das gerações: “Haja vista a esse respeito a lição de Karel Vasak na aula inaugural de 1979 dos Cursos do Instituto internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo”.

comum da humanidade e à comunicação” (1997, p.523). Sarlet, inclui no rol “os direitos à qualidade de vida” (1998, p. 51), Lafer “ o direito a autodeterminação dos povos” (1998, p. 132). Segundo ainda Bruno Galindo, “são direitos que surgem a partir da ideia de universalidade dos direitos humanos, tornando-se estes direitos fundamentais nos diversos ordenamentos jurídicos estatais”(2003, p.66).

Nessas fases observa-se também o chamado triângulo dialético de Canotilho, que contempla as mesmas três ordens importadas para um sistema social das gerações/dimensões: Liberdade, Igualdade e Fraternidade, diante de uma proposta de um Estado detentor de uma Constituição assegurando o Estado de Direito, não mais meramente legalista, normativo, mas uma Constituição dirigente que traz em si programas, diretrizes e finalidades sociais (CANOTILHO, 1992, p 12), pautada cada vez mais em princípios e valores.

Sendo assim, a era dos princípios chegou ao corpo normativo da Constituição pela Teoria da Argumentação. A razão cedeu espaço à argumentação, uma vez que já se achava insuficiente, pois as respostas estavam limitadas pelas normas. E aí a Teoria da Argumentação vem permear esse novo Estado, enraizado na Constituição, que passa a se pautar pelos princípios em detrimento de suas normas legais, tomando o lugar da Teoria da Interpretação vivida preteritamente.

Os princípios, que outrora percorreram o caminho do jusnaturalismo, definidos por Flórez-Valdéz, 1990, citado por Bonavides (2007, p.261) como “um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina”, adentram na fase do positivismo jurídico. Os princípios foram recepcionados nos códigos como fonte normativa subsidiária, como “válvula de segurança, e não como algo que se sobrepusesse à lei, ou lhe fosse anterior, senão que, extraídos da mesma, foram ali introduzidos para estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo”, definição pontual feita por Gordillo Cañas, citado por Bonavides (2007, p. 262). Esses se apresentaram numa roupagem de direito, ou material jurídico, pois que, assim, hoje são tratados, em uma fase por muitos denominada de pós-positivismo, fixando-se, no cenário normativo, como alicerce do ordenamento jurídico.

Diante das expectativas liberais das normas, dentro de um sistema que se transformava gradativamente, a necessidade de atribuir aos princípios uma força maior se deu quase que de maneira impositiva. As respostas que as leis davam por si sós, não bastavam diante dos acontecimentos do sistema social em pauta e do cenário sócio econômico, de modo que os princípios contemplavam esta extensão de alcance maior da norma às necessidades de cada época. E assim fixados no sistema, estes princípios foram encobertos sob o critério

axiológico, pautando discussões sobre sua posição dentro do ordenamento jurídico e as diferenças daqueles para as normas, até então consolidadas.

O entendimento outrora de que “os princípios constitucionais foram considerados como fonte normativa subsidiária para garantia da supremacia da lei”(GALINDO, 2003, p. 78), servindo apenas como garantia para preenchimento de vazio normativo, reformulou-se. Os princípios passaram a ter *status* de regras, e para muitos para além das regras. São assim submetidos a uma hierarquia que permite a este ordenamento, na existência de controvérsia normativa, posicionar os sobreprincípios e os subprincípios de maneira a estes buscar guarida naqueles, conforme nos coloca Ataliba, citando Espíndola

O sistema jurídico [...] se estabelece mediante uma hierarquia segundo a qual algumas normas descansam em outras, as quais, por sua vez, repousam em princípios que, de seu lado, se assentam em outros princípios mais importantes. Dessa hierarquia decorre que os princípios maiores fixam as diretrizes gerais do sistema e subordinam os princípios menores. Estes subordinam certas regras que, à sua vez, submetem outras [...] (1999, p. 165).

Nesta conjuntura, o sistema social começa a não só positivar princípios como essenciais, mas começa a considerar a existência de hierarquia entre esses princípios. Saindo da hierarquia normativa das leis puras, proposta por Kelsen⁵, e entrando num universo de hierarquia de princípios. Vê-se que ela tenta cumprir um papel de harmonização para fins de efetividade da norma constitucional, no intuito de condicionar o Direito a caminhar mais rapidamente com a sociedade, muito embora por vezes detectar-se que estes estão sem controle. Em meio à hierarquia destes, vê-se que não há concorrência entre si, mas uma relação de complementação.

As relações de complementariedade, de condicionamento e conjugação entre os princípios fundamentais explicam a necessidade de estabelecer operações de concordância prática entre eles. A especificidade, conteúdo, extensão e alcance próprios de cada princípio não exigem nem admitem o sacrifício unilateral de um princípio em relação aos outros, antes reclamam a harmonização dos mesmos, de modo a obter-se a máxima efetividade de todos eles (CANOTILHO, 1995, p.75).

A ideia de princípios nos é dada para não só nortear o sistema normativo, como forma de responder e estabelecer a segurança jurídica no ordenamento, mas para conduzir o sistema

⁵ Admitir uma hierarquia no plano dos princípios pressupõe a avaliação destes no critério axiológico, pois que no critério jurídico não há como, pois que, Hans Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, pontuava que “uma norma para ser válida é preciso que busque seu fundamento de validade em uma norma superior, e assim por diante, de tal forma que todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa” (1998, p. 248).

social de forma mais apropriada a responder aos interesses latentes dos diversos subsistemas que o compõe, adentrando na teoria dos sistemas⁶. O debate instalado na doutrina está em diferenciar princípio de regra. Assim, há uma tentativa incansável neste sentido, em que para Dworkin as regras seriam normas que são aplicadas na maneira da disjunção excludente do tudo-ou-nada (1991, p.39/2002, p.63), há a utilização da regra de acordo com a sua validade ou não ao caso concreto. Já os princípios para o autor teriam “a relação do peso ou importância” (1991, p. 26/2002, p. 43). Assim Dworkin pontua os princípios como exigência de moralidade comunitária, sendo “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (1991, p.22/2002, p. 36), apesar de considerar esta moralidade incoerente, por ser caracterizada por conflitos (1991, p.126/2002, pp.197-8).

Embora alguns autores insistam em dizer que os princípios estão dentro do gênero da norma, assim como as regras, e que a diferença está apenas no âmbito de espécies distintas, como afirma Robert Alexy, os princípios são “mandamentos de otimização que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas” (1986, p.75-76/2008, p. 90). Alexy entende que, embora sejam apenas espécies distintas, estão em posições de hierarquia quanto à generalidade, estando a distinção de ambas apenas quando se detém a um conflito de leis ou princípios. Pois, enquanto “os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas exigentes”, as regras contêm determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível”(1986, p. 75-76/2008, pp90-91), de posse de sua validade.

O fato de os princípios virem para abrir a interpretação, para muitos constitucionalistas, é um equívoco. Streck entende serem os princípios aqueles que encerram a interpretação e que no constitucionalismo contemporâneo assumem uma dimensão normativa de base, uma vez que são apenas um mandado de otimização. Humberto Ávila (2005, p.70), na sua Teoria dos Princípios, comunga da mesma ideia de que os princípios tem

⁶ Foi von Bertalanffy (1975) quem primeiro apresentou uma teoria geral dos sistemas. O biólogo entendia por sistema um conjunto de partes independentes, mas integradas, que se contrapunham ao ambiente. O desenho da teoria forma círculos concêntricos, pois cada parte de um sistema é em si outro sistema. Cada sistema teria um objetivo específico e uma função em relação aos demais, e o resultado seria um complexo de sistemas integrados que produzem mais que suas partes isoladamente produziram. A característica de um sistema, portanto, é ter partes separadas que trabalham de maneira unificada. BASTOS, Marco Toledo. Entreaberto-Entrefechado: herança maldita do conceito de comunicação. Unisinos: Revista Fronteiras – estudos midiáticos, Vol. 13. Nº 1 janeiro/abril 2011.

natureza finalista, de forma imediata, estando contemplados com pretensões de complemento e de parcialidade e de que “o importante não é saber qual a denominação mais correta desse ou daquele princípio. O decisivo, mesmo, é saber qual é o modo mais seguro de garantir sua aplicação e sua efetividade” (2005, p.16).

Em contrapartida entendemos que os princípios vão além de uma abertura ou fechamento da argumentação. E sim, que os princípios têm uma natureza de expansão da interpretação com a função inequívoca de ampliar a teoria do conhecimento, dilatando as regras dentro do sistema social e alcançando resultados muito além do que estas por si só alcançariam.

Estando eles entre o início, meio e fim das forças normativas, os princípios circulam a Constituição e adentram em todas as suas áreas, inclusive na ordem econômica. A ideia que surge de um “sistema econômico constitucional neoliberal”, sob o manto do Estado Democrático de Direito, que insinua a atuação de um Estado liberal com viés social, traz para si os princípios como mantenedores dos seus objetivos, contradizendo o citado por Dworkin (1991/2002), que eles não existem para favorecer ou assegurar uma situação econômica e social, mas por uma exigência de justiça. Esses objetivos seriam, por assim dizer, a instalação de um “capitalismo socializado”, sugerindo a ideia da possibilidade de mitigar o capitalismo, apontando-o como um mal a uma dita civilização. Como se o fato de se ganhar, lucrar, enriquecer, fosse um dano, um erro e que para uma “civilização ordeira”, o justo é ter uma postura mais generosa, pautado na distribuição, na doação e na partilha. O que não se é de estranhar, de certa forma, quando se escuta comumente que não existe um sistema econômico puro, estando sempre entrelaçado o capitalismo social ou o socialismo capital.

Pode-se entender que o cume deste propósito estaria no discurso de atingir um grau maduro de civilidade, civilidade esta perdida, mais pontualmente, nos tempos das duas guerras mundiais, caracterizadas pela barbárie humana ocorrida. O resgate dessa almejada civilidade, entre outros pontos, estaria no alcance da igualdade de bens e consumo, ganhando-se o *status* de país desenvolvido. No entanto, o que constatamos, na *práxis*, no Brasil, é que o desenvolvimento nacional e a redução da desigualdade social não aconteceram até o momento, apesar de figurar como um dos grandes objetivos fundamentais da Constituição de 1988, em seu artigo 3º, inciso III, há mais de duas décadas. E que tampouco construímos um grau de civilidade mínimo capaz de promover a tão necessária e estimada cidadania, estando esta em estado de gradação, em que se observa um alto grau de escalonamento das classes sociais, “sendo plena para alguns e insuficiente para muitos” (SORTO; MAIA, 2009, p.98). Abrindo-se um parêntese, está também comprovada que interfere diretamente na atual

gradação da cidadania, que passa pela garantia dos direitos sociais, a latente alta concentração de renda, “que situa o país entre os mais injustos do planeta” onde “essa flagrante desigualdade social depõe contra a indivisibilidade dos direitos humanos” (SOUTO; MAIA 2009, p.104).

Sistematicamente, o conceituado “sistema econômico constitucional neoliberal” propõe-nos que a Ordem Econômica, posta na Constituição de 1988, em seu artigo 170, precisamente, seja uma forma instrumental de se obter intervenção estatal e que proporcione equilíbrio entre as relações econômico-financeiras do Estado e as empresas privadas, visando o perseguido desenvolvimento geral da nação. Para tanto, seu rol foi permeado de princípios econômicos. Segue-se, portanto, após o *caput* um rol dos chamados princípios econômicos, rotulados como ditames, para se alcançar o propósito desejado, como vejamos, *in verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (BRASIL, 1998)

Somos convidados a crer que a Constituição se encontra no topo do ordenamento jurídico e busca um sistema harmônico, tendo assim uma força de comando absoluto e irrefutável, como fundamenta Kelsen (1988, p. 240), apresentando a norma hipotética fundamental, em forma de pirâmide e aduzindo que,

a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a

validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

No entanto, na presente Constituição de 1988, nos deparamos não apenas com estas leis puras, mas com normas que possuem uma realidade principiológica, como produções jurídicas de sentido subjetivo dos atos (KELSEN, 1998, p. 115), tornando-os objetivamente válidos, entre o Direito Real/Ideal ou justo (1998, p. 118), que conduz à ordem normativa de forma direta e expressa entrelaçando-se leis e princípios com o mesmo peso jurídico social.

Neste contexto, os princípios elencados no artigo 170, vêm ditar as regras de conduta do mercado econômico e impor situações externas a sua natureza, como o princípio da função social da atividade empresarial objetivando assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, segundo as expectativas constitucionais.

Afora este princípio está expresso na ordem econômica constitucional, ele permeia outros dispositivos constitucionais referentes à propriedade privada: No art. 5º, por exemplo, referindo-se a propriedade particular, no art. 170, aportando-se a atividade empresarial, no art. 182, § 2º, para a propriedade urbana e no art. 184, para fins de desapropriação em razão de desapropriação. Por fim, o art. 186 traz uma conceituação do que seria a desejável função social, mas especifica apenas a propriedade rural. Descobrimo conceitualmente as demais que foram chamadas ao feito nos artigos discorridos acima.

Retornando ao artigo 170, inciso III, detectamos que inexiste uma definição clara deste instituto, função social⁷, quanto à propriedade privada enquanto atividade empresarial, podendo nos conceder a ideia de um significado abstrato e impreciso das palavras, como pontuado por Dworkin, nos condicionando a interpretar ser esta a melhor condição para a vida em sociedade. O fato de não se ter um conceito claro deste instituto, constitucionalmente falando, já demonstra a sua tendência à inaplicabilidade fática e a uma desconfiança estruturante. Mas, é certo que o controle econômico proposto através de princípios nos remete a uma possibilidade de bem estar e a uma conformidade legislativa, apesar de não estabelecer claramente como pode se dar isto.

⁷ Segundo Teizen Júnior: A função social, lato sensu, consiste na proteção conferida pelo ordenamento jurídico aos mais fracos na relação contratual, tendo como critério o favorecimento da repartição mais equilibrada da riqueza. É a aplicação, no fundo, do princípio da igualdade substancial. É um preceito constitucional, qual seja, zelar pela liberdade e pela igualdade dos indivíduos. Porém, deve haver uma real e substancial liberdade e uma verdadeira igualdade, compelindo a sociedade a eliminar a miséria, a ignorância, a excessiva desigualdade entre os indivíduos, classes e regiões. (2004, p.165).

Em sendo assim, a ideia de princípio adentra a teoria do direito, mais precisamente na teoria do direito constitucional, ou a teoria do constitucionalismo especificamente, como um elemento, ou, como uma invenção que vem transformar a ideia da teoria pura do direito no que poderíamos chamar de teoria da conveniência jurídica sistêmica. Sendo aquela que se utiliza das normas e princípios para dar as respostas que melhor condisser com suas as necessidades, não importando se são as mais justas ou mais certas.

A explicação da não explicação, explicável sem explicar nada começa quando este instituto da função social vem em forma de princípio para a ordem econômica. Por quê? Porque enquanto as normas são limitadas e minimizam o conhecimento, os princípios, ao contrário, são ilimitados e expandem a Teoria do Conhecimento, apresentando, do ponto de vista científico, o que podemos afirmar como uma invenção⁸. Apesar da lei também ser uma invenção, estando a diferença na forma da constituição de cada um, princípio e lei.

A lei é uma invenção metodológica. Surge explicando-se todo o procedimento de legitimidade de construção, assim como todo processo de legalidade desta invenção, como magistralmente defendido por Kelsen quando externa que “o que importa não é fazer desaparecer esta ciência juntamente com a categoria do dever-ser ou da norma, mas limitá-la ao seu objeto e clarificar criticamente o método.” (1998, p. 117). Em sua Teoria, ele trata de transformar o Direito em uma ciência pura e exata, enxergando a possibilidade da criação de normas através de métodos fixos que refletem resultados irrefutáveis afirmando que o Direito “é um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo “norma” se quer dar a entender que algo *deve ser* ou acontecer, especialmente que um homem se *deve* conduzir de determinada maneira.” (1998, p. 4). Em outro momento de sua obra, o autor, supracitado, tenta dirimir qualquer dúvida sobre a possibilidade do direito ser uma “ilusão ideológica” e não uma ciência normativa, ele explana que:

a Teoria Pura do Direito, como específica ciência do Direito, concentra – como já se mostrou - a sua visualização sobre as normas jurídicas e não sobre os fatos da ordem do ser, quer dizer: não a dirige para o querer ou para o representar das normas jurídicas, mas para as normas jurídicas como conteúdo de sentido - querido ou representado. Ela abrange e apreende quaisquer fatos apenas na medida em que são conteúdos de normas jurídicas, quer dizer, na medida em que são determinados por normas jurídicas. O seu problema é a específica legalidade autônoma de uma esfera de sentido. (1998, p. 113-114)

⁸ Tem-se por invenção, ou criação, aquilo que é produto da cognitividade da mente humana, que em determinados momentos se vê compelido a solucionar algum problema estabelecido e que não se tem solução ou que a que se tem não é a melhor resposta para o sistema no caso presente.

No que se refere aos princípios, verificamos que esse processo não ocorre, daí entender-se que o princípio é uma invenção metafísica da mente humana. Segundo Adeodato (2013, p. 129), “a metafísica é termo dos mais ambíguos, variando de filósofo para filósofo, ora entendida como sinônimo da filosofia mesma, ora como mera descrição dos dados iniciais da investigação filosófica”. Fixemos então que o princípio é uma invenção cognitiva, em que, quando mergulhamos na sua explicação e na sua forma de construção, buscando uma metodologia, não encontramos explicações satisfatórias para respaldá-los, mas eles se comportam como autoexplicáveis ao adentrar no ordenamento jurídico.

Importante ressaltar que os constitucionalistas, por sua vez, explicando os princípios, afirmam que eles surgem, que são relevantes, que são necessários e que tem que ser aplicados, justificando sua natureza metafísica, “são o que são” e “precisam ser” e “são desde sempre”. Segundo Marcelo Neves (2014, p. 127) “De certa maneira, eles sempre apontam para algo que já existiria fora do sistema jurídico (valores, princípios morais, interesses gerais etc.)”. O autor diferencia a regra dos princípios utilizando-se da argumentação jurídica, explanando que não há necessidade de distingui-los em um primeiro momento existencial normativo constitucional, mas apenas em um segundo momento quando surgem as controvérsias “sobre a norma a aplicar ao caso, no contexto de um conflito interpessoal concreto ou no âmbito de um controle abstrato de normas, a diferença entre regras e princípios ganha relevância prática e teórica” (2014, p. 95).

Acerca da metafísica ou filosofia primeira⁹, à luz de um esclarecimento pontual, segundo Aristóteles (2012, p.106), esta é a substância, sendo a coisa em si por sua essência (atributo que garante que a coisa seja ela mesma e não outra) ou/e acidente (atributo que qualifica a coisa). Neste contexto o princípio, enquanto substância existe por ele, sendo a verdade o atributo da essência e o atributo accidental as inúmeras áreas que o faz percorrer todo o sistema jurídico como instrumento necessário e facilitador de conveniências normativas nos diversos casos concretos, onde a regra não consegue alcançar. Para o sistema social e suas contingências temporais, os princípios tentam trazer segurança jurídica e certeza ao Direito que está sempre em xeque pelo sistema evolutivo e as insuficiências das respostas. Traria então para o contexto incertezas e insegurança? Sim, a

⁹ Aristóteles se refere a metafísica como a ciência responsável em descobrir tanto a essência quanto aos atributos dos conceitos dos números, das linhas ou fogo, entendidos em um primeiro momento como modificações essenciais da unidade como unidade e do ser como ser. ARISTÓTELES. *Metafísica*. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. 2ª Ed. São Paulo: EDIPRO, 2012, p. 108.

todo o tempo, mas, através da cognitividade há uma busca constante e rotativa de transformar cada incerteza em certeza.

Immanuel Kant, na “Fundamentação da metafísica dos costumes”, agrega a necessidade de se observar a legislação pela razão, questionando a possibilidade de transformar questões pessoais em universais e impositivas, seria como objetivar o subjetivo, ou tornar a metafísica aceitável, através da razão quando esta é uma vontade boa em si. Kant diz:

- Podes tu querer também que a tua máxima se converta em lei universal? Se não podes, então debes rejeitá-la, e não por causa de qualquer prejuízo que dela pudesse resultar para ti ou para outros, mas porque ela não pode caber como princípio numa possível legislação universal. Ora a razão exige-me respeito por uma tal legislação, da qual em verdade presentemente não vejo em que se funde (problema que o filósofo pode investigar), mas de que pelo menos compreendo que é uma apreciação do valor que de longe ultrapassa o de tudo aquilo que a inclinação louva, e que a necessidade das minhas ações por puro respeito à lei prática é o que constitui o dever, perante o qual tem de ceder qualquer outro motivo, porque ele é a condição de uma vontade boa em si, cujo valor é superior a tudo. (2007, p. 35)

Partindo do entendimento Kantiano de que a razão é a compreensão do objeto e de que essa compreensão passa por uma mutação e se expande quando é compreendida pela modernidade, quando a razão sai da esfera sujeito/objeto e passa à esfera construtivista da operação/observação. Quando desta mutação é preciso saber que, nas palavras de Guilherme Leite, “a cognição não provém da objetividade do saber, mas de uma operação do sistema que remete a sua experiência de compreensão, ou seja, que recorre a uma operação de cognição interna precedente” (2013, p. 64), e que os observadores são muitos sobre sucessivas observações gerando assim o “reconhecimento de múltiplas verdades, de diferentes narrativas, mais sobre a realidade tal qual ela existe, mas sobre a experiência” dito por Elena Esposito (2000, p.78). Toda essa discussão nos leva a pensar no modelo autopoiético, que veremos logo mais, mas que importa esta explanação nesta ordem, “*Autopoiesis*, por sua vez significa que cada sistema produz, somente a partir de si, seu pressuposto de cognição e suas operações. Se o mundo é um produto do observador, não existe um único mundo ou razão” (GONÇALVES, 2013, p. 65-66).

A razão então se tornou como um produto acessível a todos, o que significa dizer que da era medieval para era moderna a razão deixa de ser única e passa a ser una. Na modernidade nós temos uma reunião de razões com a diferenciação de que uma dessas razões ou algumas destas razões construirão o que é moderno, daí elas vencerão o discurso

da razão. As que ficam de fora não quer dizer que estejam mortas, pelo contrário, podem adentrar ao sistema a qualquer momento, a luz da mutação social das faces da sociedade moderna.

A partir dessa nova fase da posse da razão é possível entender a diferenciação entre princípio e lei. Aliás, diferenciação fundamental, para entendermos a conveniência jurídico-sistêmica. Chegando-se ao entendimento de que a norma é explicada metodologicamente e em contrapartida o princípio é explicado metafisicamente. Vale salientar, que essa diferenciação fez, por um lado do Direito Constitucional ou do pensamento constitucionalista, o grande pensamento do Direito Contemporâneo. O constitucionalismo só foi possível por causa dos princípios e não por causa das normas/leis. Desaguando em uma problemática ainda maior, qual seja o constitucionalismo, se concretizou não por causa da Constituição, mas porque a Constituição foi um documento que angariou todos os princípios inventados pela mente humana, configurando o grande lance do constitucionalismo, diferentemente da Teoria da Norma ou da Teoria do Ordenamento Jurídico, seja com Kelsen ou com Bobbio. Inovando assim o sistema normativo.

Daí surge um outro implicador, que é a improbabilidade de aplicação desses princípios, por não serem metodologicamente explicados, e se configurarem, de certa maneira, em uma insegurança jurídica da forma como são utilizados nas diversas situações jurídicas. A observação é de que eles são inaplicáveis e que precisam, sempre, serem afirmados, em regra através das decisões judiciais. Por se apresentar assim, entende-se que os princípios não são aplicados, como equivocadamente são tidos, mas, construídos, sejam quando normativizados na Constituição, por serem uma construção cognitiva, seja quando o magistrado decide na sua prolação, à luz destes princípios normativizados na Constituição. Consolidando o pensamento de Marcelo Neves que diz que “A esse respeito, é comum a formulação paradoxal de que os princípios estão fora, mas só se tornam jurídicos quando recebem uma chancela por órgão com competência determinada pela respectiva ordem jurídica” (2014, p. 127).

Assim, “Os princípios são mecanismos reflexivos em relação às regras. Eles podem servir ao balizamento, à construção, ao desenvolvimento, à fortificação ou ao enfraquecimento, à restrição ou aplicação de conteúdo de regras” (NEVES, 2014, p.131), sendo sempre um processo de construção, não um processo de aplicação, diferente da norma que foi inventada para ser aplicada e se justifica metodologicamente para tanto.

Portanto, consolidando pontualmente tudo o que já foi dito, partindo de uma observação científica construtivista, as normas/leis são uma invenção metodológica, que

não expandem o conhecimento, são limitadas e foram criadas para serem aplicadas ao sistema quando necessário. Os princípios são uma invenção metafísica¹⁰, cognitiva da mente humana, que expandem a teoria do conhecimento, sendo ilimitados. Não são aplicáveis, mas são inventados para construir respostas ao sistema seja de forma normativa seja de forma decisiva pelo magistrado. Essa decisão, assim que prolatada, já aufere construção de verdade, de forma imediata.

Pensar o direito, com suas leis e princípios entrelaçados para legitimar o subsistema normativo, sobre a lógica da cognitividade do homem, é transportá-lo para um sistema de comunicação e linguagem ou “teoria e ciência das tecnologias da comunicação”(SILVA, 2014, p. 74), objeto de construção. Neste sentido, leva-nos a afirmar que a própria vida é um processo cognitivo do homem (que para Luhmann é um sistema psíquico, cuja *autopoiese*¹¹ tem por elemento a consciência (GONÇALVES; VILLAS BOAS, 2013, p.24-25)), que há sempre a necessidade de criar. A sociedade (que para Luhmann é um sistema social, cuja *autopoiese* se opera com base na comunicação (GONÇALVES; VILLAS BOAS, 2013, p.24-25)), para tanto, depende das inúmeras construções cognitivas, do sistema psíquico, para sua sustentação. Contando com a interdisciplinaridade, para construção de novos conceitos sociológicos e quebra de paradigmas, Luhmann absorve a *autopoiese* como processo possível de explicação do sistema social e suas frequentes mudanças, estando diretamente ligado com a teoria da comunicação por ser esta a base do sistema social. *Autopoiese*, do Grego, quer dizer *auto* = mesmo e *poien* = produzir. Traduz-nos que “um sistema é autopoietico quando ele produz sua própria estrutura e todos os elementos que o compõem, incluindo o último elemento não mais passível de decomposição que, no caso dos sistemas sociais, é a comunicação e dos sistemas psíquicos é o pensamento” (KUNZLER, 2004, p. 128). Por fim, essas construções cognitivas, entre a comunicação e o pensamento, conceituam o que De Giorgi (2006) chama de memória.

A memória, segundo o construtivista, é um princípio explicativo que tanto o homem, como o sistema social, como o Direito, inventa. A memória então é considerada uma “função que é justificativa de si mesma e, conseqüentemente, decorre da evolução” (2006, p.52-53). De Giorgi relata a temática sob o prisma do tempo ou da “velocidade”, da

¹⁰ A metafísica aqui apresentada traz a filosofia primeira de Aristóteles que traz o pensamento do ser como ser. Posteriormente, transpassa para a filosofia moderna com Kant que a trata como “razão em geral”, ou princípios do entendimento puro em si, puramente racionais.

¹¹ Da perspectiva de Maturana e Varela, *autopoiese* pressupõe que o sistema reproduz todos os seus elementos a partir de suas próprias operações. Fazer melhor análise do conceito de *autopoiese* na teoria dos sistemas de Luhmann, ver: RODRÍGUES, Dário; TORRES NAFARRATE, Javier. *Autopoiesis, la unidad de una diferencia: Luhmann Y Maturana*, Sociologias, 2003, n.9, p. 106-140

corrente evolução humana e suas mudanças, que é o principal termômetro para a memória, estando na recordação ou lembrança de um passado que antes de ser passado é presente, sendo necessário observá-lo para diagnosticar as modificações ocorridas que geraram o produto, que é o próprio sistema, e assim traduz sua função:

A função da memória é expressão de um sistema modificado capaz de sintetizar novos comportamentos que são relevantes para seu presente estado de atividade. O sistema interage com seus próprios estados através de suas recursivas operações distintivas e coliga as relações que ele próprio produz(2006, p.56-57).

Assim pode-se entender que os princípios, como invenção, estão sempre ligados às modificações do sistema social e tornam-se “memória”, ou “depósito de representações do ambiente que possam ser requisitados em diversas ocasiões”, dos sucessivos acontecimentos. A esta mesma memória o autor cita Von Foerster que diz que “a memória é reproduzida por meio de um especial *modus operandi* do cálculo aritmético central, cuja completa organização funcional é definida pela avaliação dos estados particulares e das relações” (2006, p.57).

Heinz Von Foerster¹² vai fazer uma relação entre a cibernética e a sociedade de forma extraordinária, trazendo a figura do observador e diz que “è *la nozione di computo che dà corpo e senso all’idea che la vita è um processo cognitivo*” (2007, p. 12)¹³, onde essa capacidade cognitiva, que, para o autor, é o resultado de uma reação biológica, nos faz observar o sistema social nos enxergando como parte dele, de forma à organizá-lo. Von Foerster (2007) acredita que num sistema vivo há a possibilidade de se calcular a sua própria sobrevivência, fazendo uma comparação pela atividade exercida pela computação que é a mesma atividade exercida pela estrutura do organismo humano, em termos de comparação de estrutura maquinária, assim é possível imaginar o sistema social com maiores possibilidades de sistematização do que o sistema cibernético, por haver vida, conseqüentemente razão (*ratio*). E esta razão, nas palavras de Silva, vem edificar o processo comunicativo de construção cognitiva, a partir da modernidade, buscando “intensificar o dualismo sem sentido (verdadeiro ou falso), que vai edificar o Saber e Não Saber, na teoria do conhecimento” (2014, p. 72). Porque nem tudo é completamente verdadeiro e nem tudo é completamente falso. Havendo sempre uma situação dual. É no Saber que encontraremos a realidade e conseqüentemente o conhecimento e a verdade. O

¹² Heins Von Foerster foi um cientista austríaco que combinou a física coma filosofia.

¹³ Tradução Livre: “É a noção de computador que dá corpo e sentido a ideia de que a vida é um processo cognitivo”

observador neste caso, “que observa, é observado, mas não consegue se auto-observar”, como exposto pelo autor, será o responsável pela construção científica das Ciências Sociais e da definição dos fenômenos sociais (interação, organização, sistemas) e daí decorrer a possibilidade deste observar o passado, “com a objetividade de analisar o presente e perspectivar o futuro”(SILVA, 2014, p.73).

O observador, ou sistema psíquico denominado pela teoria dos sistemas, estando presente neste processo, vai se localizar entre o sistema social (sociedade) e seus subsistemas (política, economia, religião, direito, arte e ciência), e dentro deles, utilizando-se da sua memória e da comunicação para construir o saber, o conhecimento, a verdade. “O observador, que é a personagem titular da formulação científica passou a enfrentar enormes dificuldades para descrever as fenomenologias sociais produzidas pelo agir comunicativo” (SILVA, 2014, p. 73), logo o conjunto de observações não explica as relações sociais, mas formula os olhares de inclusão e exclusão. Neste contexto a função social da atividade empresarial reflete-se, comunicativamente, como um slogan para construir o processo de exclusão e inclusão. Este trás a ideia de “uma construção cognitiva por um processo construtor de um olhar sobre o Saber e ou Não saber” (SILVA, 2014, p. 72). Importa acrescentar que:

[...] não havendo nenhum observador externo ao sistema social que possa analisá-lo com distância e imparcialidade. Ninguém detém um ponto de vista absoluto, considerado como sendo o único correto. O conhecimento é resultado da observação de segunda ordem, no qual um observador observa o que um outro observador observou. Desta maneira há diversas descrições, sob pontos de vista diferentes, mas todas com o mesmo valor. (KUNZLER, 2004, p.126)

É na comunicação que todo o processo cognitivo se concretiza, acontecendo quando informação, mensagem e compreensão são sintetizadas (LUHMANN, 1997, p.80), entre duas partes denominadas pelo autor como Ego (aquele que recebe a informação) e Alter (aquele que comunica), embora não seja provável. Para o citado autor, o importante é que a comunicação se estabeleça no sistema social, independente de sua plena compreensão. Nesse sentido, Baraldi (1996, p.46) explica que:

Quando o Ego consegue diferenciar mensagem de informação ocorre a compreensão. Mensagem, informação e compreensão formam a unidade inseparável que corresponde à comunicação. Nada impede, entretanto, que cada uma seja observada independentemente das demais. Quando Alter faz um gesto para Ego e este não vê que o gesto era para ele e continua caminhando, houve a emissão de uma mensagem, mas não houve a compreensão da informação, no caso cumprimento, portanto, não

houve a comunicação porque Ego não compreendeu a informação emitida.

Neste caso, a comunicação não está vinculada pela pretensão exata da informação, mas da compreensão, seja ela qual for. Se Ego tivesse, ao observar o gesto de Alter, compreendido um comando de parar ou um xingamento, teria havido comunicação, muito embora a intenção de Alter tenha sido de apenas cumprimentá-lo. Atestando aqui a sua natureza improvável, mas comunicativa.

A informação, por sua vez, vai nortear as mudanças comportamentais dentro do sistema, direcionando ou redirecionando as atitudes. Por exemplo, quando há a informação da isenção do imposto sobre produtos industrializados há um estímulo automático do consumo de bens específicos. Quando a informação é diferente do previsível provoca mudanças dentro do sistema (KUNZLER, 2004, p.131), no exemplo da isenção do imposto vai provocar o consumismo. Portanto, a informação, que foi transmitida pelo Ego, utiliza-se do seu processo cognitivo, utilizando-se do passado e presente, projetando uma reação para o futuro.

Segundo Von Forster (1985, p. 85), acerca do fenômeno da comunicação, diz que “palavras, símbolos ou mensagens não fazem parte da comunicação, significam apenas suas “tecnologias”. A informação não é uma realidade, mas sim uma probabilidade, um processo relacional, uma atividade”. Assim a informação pode modificar ou não o comportamento dos subsistemas a depender de como foi compreendida ao final. Então, a realidade se dará na compreensão e não na informação.

A invenção dos princípios, neste sentido, seria a construção da informação previsível, embora improvável, para o sistema. Viria para dar ao sistema jurídico a possibilidade de engrenagem, imprimindo movimento normativo e condicionando um mecanismo de rotatividade de forma a não travar o sistema, por comando de um personagem central que é o observador. Este vem justificar a necessidade desta invenção, embora não tenham sentido de existir, sob a ótica metodológica normativa, para daí projetar a verdade que se concretizará no plano do dever ser.

Os princípios quando ingressam no sistema social eles constroem verdades, estabelecendo condutas para além da norma. Condutas subjetivas, abstratas, de múltiplo entendimento, mas que se estabelecem como verdades inquestionáveis. Este é um dos objetivos dos princípios: construir verdades. Não se esquivando das inúmeras construções da temática da Verdade, que é objeto de pesquisa desde o princípio dos tempos, sendo

encontrada inclusive no texto bíblico, que é milenar, pontualmente no evangelho de João¹⁴, quando Jesus, prestes a ser crucificado, é questionado por Pôncio Pilatos sobre o que é a verdade e Ele se cala. Para os cristãos a Verdade é Jesus, como ele mesmo já tinha afirmado outrora no evangelho de João, capítulo 14, versículo 6: “Eu sou o caminho, verdade e a vida” (VVAA, BÍBLIA SAGRADA, 1999, p. 1404). Mas, mesmo Jesus dizendo para Pilatos que teria vindo para dar testemunho da verdade que tinha nascido e vindo ao mundo, ele se cala, deixando o questionamento da verdade no ar, para aqueles que não o seguiam.

Para o estudo ora estabelecido, no sistema jurídico, nos casos controversos, a verdade é uma ilusão funcional, necessária ao sistema social, que é estabelecida mediante o discurso e a linguagem no sistema jurídico normativo. Por ser uma ilusão, fruto de uma invenção, para se estabelecer precisa de um suporte racional, como dito por Guilherme Leite Gonçalves “[...] tudo aquilo que for racional é considerado certo e, portanto, verdade” (2013, p. 57). Sendo assim, quando o princípio adentra o ordenamento por um feixe de razão, ou necessidade social, dissipa a incerteza e impõe a certeza. A razão, ou *ratio*, é a mola propulsora da certeza, eliminando toda incerteza estabelecida no sistema devido ao que julga irracional. Neste sentido, Gonçalves Leite continua,

[...] Se a norma jurídica é produzida pelo processo de racionalização, não há dúvidas sobre sua estrutura, coerência, lógica e adequação social. Incerto é o direito irracional, gerado pelos costumes ou pelas credences populares. A certeza do direito é deduzida da certeza da razão: se, como afirma Descartes, somente o pensamento dispõe de condições para desenhar a nova ordem do mundo, o material jurídico dele derivado será dotado da mesma certeza que ele próprio possui. (2013, p. 55).

Assim, uma das funções do direito, segundo o autor, é transformar incerteza em certeza, estando uma para outra como necessária, e que para isso se precisa de uma verdade¹⁵. A verdade por sua vez é a construção da invenção, que é o princípio. A invenção do princípio, que é material jurídico, gerou a verdade da função social como uma verdade

¹⁴ Capítulo 18, versículo 37. perguntou-lhe então Pilatos “És, portanto, rei?” respondeu-lhe Jesus: “ Sim, eu sou rei. É para dar testemunho da verdade que nasci e vim ao mundo. Todo o que é da verdade ouve a minha voz.” 38. Disse-lhe Pilatos: “Que é a verdade?...”. (AVE MARIA, 1999, p. 1409).

¹⁵ A verdade é um dos temas, assim como a metafísica, que abrange diversas interpretações e maneiras de aplicação. No caso da pesquisa em pauta, o tema “verdade” será permeado pelos pensamentos do filósofo Descartes que diz “*acreditei firmemente que, por esse meio, conseguiria orientar a minha vida muito melhor do que se limitasse a construir, exclusivamente, sobre velhos fundamentos e a apoiar-se nos princípios que deixara me inculcassem em minha mocidade, sem nunca ter examinado se eram verdadeiros*” - “*não aceitar nada como verdadeiro sem, antes, reconhecê-lo como tal*” - (Descartes, René. **Discurso sobre o método**. Tradução Paulo M. de Oliveira. 2ª Ed. Bauru, SP: Edipro, 2006, p. 25) e as contribuições de Guilherme Leite Gonçalves, na busca da certeza em meio as incertezas do Direito.

irrefutável, quando normativizada pela Constituição de 1988, injetando racionalidade para uma metafísica em “sua estrutura, coerência, lógica e adequação social”. A função social é uma verdade desta invenção, pelo fato do direito necessitar construir verdade para ser direito. Não obstante a possibilidade desta, ao mesmo tempo, ser uma certeza e que quando observada se demonstre como incerteza, visto que o direito é permeado entre a certeza e a incerteza a todo instante no sistema social.

O princípio, que é uma invenção, precisa de uma verdade para se legitimar como direito e matéria jurídica. Portanto, a verdade da Função Social legitima a invenção do princípio econômico posto no sistema jurídico econômico. E a esta verdade não se permite questionamentos, pois que qualquer tentativa desta forma seria uma contradição ao contexto social necessário para a boa convivência no sistema social. O que comunga com a ideia da interpretação construtivista, pois que para tal, os princípios são uma invenção, que “representam verdades dos Sistemas Sociais do mundo ocidental” (SILVA NASCIMENTO, 2014, p.77-78), verdades estas produzidas pela possibilidade comunicativa do observador.

Todas essas construções tem o objetivo de transformar o incerto em certo, o não direito em direito. Neste mesmo viés, na metáfora entre Hidra e Hércules, com as regras e os princípios de Marcelo Neves (2014), identifica-se a necessidade da existência dos princípios como extensão argumentativa, no entanto, fazem-se necessárias as regras para viabilizarem a transformação da incerteza em certeza que é obtida com a decisão judicial, traduzindo por fim a verdade que vai se estabelecer no sistema social. O citado autor busca explicar a distinção de regras e princípios no plano da argumentação jurídica, utilizando-se do entendimento luhmanianno, da noção sistêmica da observação de primeira e segunda ordem, para daí compreender a distinção, diz:

No âmbito da mera observação cotidiana do direito, da pura aplicação rotineira de normas jurídicas pela burocracia estatal ou dos usos de ofertas legais de regulação no exercício corriqueiro da autonomia privada os envolvidos agem e se comunicam no nível de uma observação de primeira ordem dos padrões a serem aplicados. Eles não questionam o sentido ou a validade das normas a serem seguidas, aplicadas ou usadas no respectivo contexto...

Essas alternativas são relativamente simples. Só quando surgem controvérsias sobre as normas a aplicar, entrando-se no plano da argumentação, descortina-se a diferença jurídico-sistêmica entre princípios e regras. Isso implica uma observação de segunda ordem. (2014, p. 98-99)

É na observação de segunda ordem que vão acontecer as discussões sobre qual norma será a mais apropriada para conter as controvérsias e dar funcionalidade ao sistema, entendendo os princípios constitucionais como “artefatos normativos que servem precisamente para absorver o dissenso e, paradoxalmente, possibilitar-lhe e estimular-lhe a emergência sob as condições de um sistema jurídico complexo” (2014, p.97-98).

Aproximando-nos do tema exposto, é visível a existência de um paradoxo neste princípio da função social da atividade empresarial, uma vez que o que se justifica no plano normativo e no plano fático é uma mentira, um princípio permeado entre a certeza e a incerteza. Fazendo-nos enxergar a ocultação deste paradoxo para entendermos as diretrizes basilares do bom funcionamento do sistema.

2 - Função Social da Propriedade Privada: a ocultação de paradoxo

A propriedade privada é um direito fundamental consagrado pela Constituição em seu artigo 5º, inciso XXII, e que é conceituada, segundo Stefan Melnik, em publicação do Instituto Friedrich Naumann¹⁶, da seguinte forma:

Propriedade em um conceito amplo, não significa somente terra e edifícios que poderiam estar em um determinado espaço - como o uso comum do termo sugere. [...] qualquer coisa que as pessoas possam usar, controlar ou dispor que legalmente as pertença. Propriedade sempre representa posse de algo específico, como uma casa, um negócio, uma poupança, um relógio ou uma patente, que são protegidas pela lei. (2009, p. 8).

Historicamente a propriedade é pauta de discussões como o modo como se adquire e como forma de se mantê-la sob o domínio de quem a adquiriu de maneira legal e absoluta. Entre os pensamentos sociais e até de alguns liberais, por muitas vezes ela reflete a ideia de riqueza, poder, desigualdade social, capitalismo, opressão e individualismo. E por refletir tais conceitos é que se torna objeto dos refletores no palco da política e da economia no sistema social.

Para muitos liberais a propriedade está intimamente ligada à liberdade. Ter direito a propriedade é ter garantia de liberdade. Silveira Neto nos diz que “o respeito ao direito de propriedade e seu correto tratamento jurídico são instrumentos fundamentais de liberdade do cidadão junto aos seus pares e principalmente em relação ao Estado.” (2013, p. 186). Em total sincronia com pensamento do ganhador do Prêmio Nobel, Friedrich A. von Hayek, que vê a propriedade como uma garantia da liberdade (no seu significado de ausência de coerção por parte do Estado):

O reconhecimento da propriedade privada[...] É uma condição essencial para a prevenção de coerção, embora não o único. Nós raramente estamos em condições de levar a cabo um plano coerente de ação a menos que tenhamos certeza do nosso controle exclusivo de alguns objetos materiais; e onde nós não os controlamos, é necessário que nós saibamos quem o faz se formos colaborar com ele. O reconhecimento da propriedade é claramente o

¹⁶ Desde 1992 a *Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit* (FNF) - Fundação Friedrich Naumann para a Liberdade – mantém, na cidade de São Paulo, o **Instituto Friedrich Naumann para a Liberdade**, que dirige e coordena as atividades da Fundação no Brasil. Realizadas juntamente com parceiros brasileiros, as atividades visam a educação política e cívica em favor da democracia, dos direitos humanos, do estado de direito e da economia de mercado. O Instituto Friedrich Naumann para a Liberdade é uma associação sem fins lucrativos, que faz parte de uma rede de mais de 40 escritórios da FNF em mais de 60 países. Na América Latina, além do escritório no Brasil, a FNF mantém no México a sede do escritório regional da América Latina e escritórios na Argentina e na região da América Central, o qual coordena as atividades da FNF na Guatemala, Costa Rica, Nicarágua e em Honduras. Disponível em: <http://www.ffn-brasil.org.br/novo/?secao=BD&codigo=8>

primeiro passo na delimitação da esfera privada, que nos protege contra a coerção[...] .(1960, p.140)

Assim, como de maneira mais incisiva, na p. 141, diz: “Nossa geração tem esquecido que o sistema de propriedade privada é a garantia mais importante de liberdade, não só para aqueles que possuem bens, mas também, para aqueles que não possuem”. Hayek, afirma categoricamente a importância da relação entre propriedade e liberdade que é mitigada e confrontada pelos socialistas que entendem estar a liberdade, a distribuição de riquezas e o desenvolvimento no direito do Estado dispor da propriedade do homem e redistribuí-las, Bertrand Russell¹⁷ proferiu a famosa expressão que “a preocupação de possuir coisas é o que mais impede as pessoas de viverem livres e nobremente, mais do que qualquer outro fator”.

A propriedade na antiguidade tinha o caráter de sagrada, intocável, pois tinha uma relação direta com a religião, com a família, e os mortos desta família que eram enterrados em suas propriedades e que, portanto, rendiam seus cultos e detinham seus altares, tornando-a absoluta. Havia um laço entre a propriedade e o lar familiar. O filósofo Hobbes (1588-1679), teórico do absolutismo, entendia que o homem era motivado por seus interesses próprios, em seu estado de natureza, e não por com intuito de amor ao próximo, necessitando de um contrato social para regular as ações dos homens na sociedade. Nesse pensamento, o filósofo entendia que o indivíduo, que aparentemente entregava sua liberdade ao Estado, estava protegido e em paz, sendo esta a verdadeira liberdade, “a liberdade de cada um de usar como lhe aprouver seu próprio poder para preservar sua própria natureza” (Leviatan). Na expectativa de se adquirir algo e tendo outro indivíduo com o mesmo interesse, o estado de natureza mostrava sua fragilidade, uma vez que se afirmava a barbárie, e não a civilidade necessária. Só o Estado, através de um contrato social seria capaz de regular estas relações de desejo de posse e propriedade entre os homens.

Assim, desde a sua percepção como instrumento valorativo as discussões em torno dela propôs aos indivíduos a necessidade de pensá-la como um bem coletivo, relativizando suas características primordiais. Assim o filósofo político liberal John Locke, no início do pensamento sistêmico sobre propriedade, argumentava em 1689 que:

Àquilo que tira do estado que a natureza provê e lega, ele mescla e acrescenta algo que é seu, e, assim torna tal coisa propriedade sua. Sendo tal coisa removida do estado que a natureza a ela imprimiu, o homem, por meio

¹⁷ Bertrand Russell (1872-1970) foi um dos mais influentes matemáticos e um dos maiores lógicos do século XX. Foi um dos fundadores da Filosofia Analítica. Atuou com Albert Einstein e outros cientistas organizando o movimento “Pugwash”, contra o desenvolvimento de armas nucleares. Foi também agraciado com o Prêmio Nobel de Literatura de 1950.

do seu trabalho, anexou-a a ele, excluindo-a, assim, do direito comum dos demais homens. Esse trabalho é propriedade inquestionável do trabalhador. (2014, p.44, § 27)

Locke (1632-1704), considerado o pai do liberalismo, que vivia na Inglaterra no século XVII, teve sua definição de propriedade como uma das mais importantes contribuições do pensamento político. Colocava o homem e a propriedade enlaçados pela liberdade, restando nesta relação apenas a necessidade de um contrato social para terem seus direitos à propriedade e aos bens assegurados em detrimento do interesse do Estado. Para John Locke, no estado de natureza reinam a liberdade e a igualdade, sendo a propriedade fruto do trabalho do homem e a terra direito de quem dela cuida, portanto, comum a todos e posse de quem chegar primeiro e dela se apropriar para usufruir.

A propriedade privada, neste contexto, seria um direito natural, não podendo o Estado tirá-la ou dela dispor. O homem era proprietário de si mesmo e de seu trabalho, podendo usufruir daquilo que era fruto dos seus esforços. Esse pensamento inicia a fase do liberalismo político e fundamenta a origem da propriedade, apartando o que era do indivíduo, em defesa da propriedade adquirida por este, e o que era do Estado ou sua função. Assim, Locke diz que “O estado de natureza tem para governá-lo uma lei de natureza, que a todos obriga” (1998, p. 384) e “[...] o governo civil é o remédio adequado para inconveniências do estado de natureza; quanto aos homens é facultado serem juízes em suas próprias causas” (1998, p. 392). O contrato social, portanto não é uma submissão, mas uma convenção, legalizando-a de maneira a assegurá-la. O Estado se coloca na posição de protetor da propriedade do indivíduo, sendo assim um ato de confiança do cidadão para com o Estado. Deste ponto torna-se legítimo o direito à resistência à opressão caso o Estado ameace os direitos de natureza (vida, liberdade e propriedade) do indivíduo.

Por sua vez, Montesquieu (1689-1755) se manifestou de forma pontual quanto à teoria da propriedade como lei ao dizer que “a propriedade é instituição de Direito Civil, ou melhor, concessão do Direito positivo. Ela existe porque a lei a criou e a garante.”

Jean Jacques Rousseau (1712-1778), permeando o século XVIII, vem contribuir com a construção literária política trazendo a ideia de que a obediência à lei garantiria, pelo acordo de todos, a liberdade de cada um. No entanto, Rousseau aborda a propriedade privada como um bem do Estado, um bem público, em que os homens de uma sociedade, procuram individualmente o todo e oferecem os seus bens, sua vida, denominando essa ação como “alienação total”, tornando-se uma sociedade fiadora do Estado. Desta forma há um comprometimento de cada indivíduo com o corpo político. De um lado cedem as suas

liberdades (vidas, bens e propriedade), e por outro o Estado devolve esta liberdade, mas regulada e segura, surgindo o direito (1999). Para Rousseau, o surgimento da propriedade privada irá instaurar as maiores desigualdades e gerar os males da sociedade, sendo assim, o homem ao perder sua liberdade natural devido à desigualdade estabelecida pela existência da propriedade privada, precisa de um contrato social para devolvê-lo à liberdade que passa a ser civil, liberdade civil (2012, p. 154).

O cenário político, no entanto, em 1789 com a Revolução Francesa, apresentou uma sociedade composta por nobreza/clero e o Povo (pobres, desempregados, Burgueses (pequenos: artesões e comerciantes; médios: profissionais liberais; e grandes: banqueiros, comerciantes e grandes empresários e camponeses), que viviam a expectativa de mudanças sociais devido à crise econômica. Desta Revolução, que trazia o slogan revolucionário de “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, herdamos a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Assembleia Nacional Constituinte.

A Revolução Francesa repaginou o conceito de propriedade quando a transferiu “do domínio eminente (posto nas mãos dos senhores feudais), para o domínio útil (colocada nas mãos dos vassalos, os verdadeiros trabalhadores da terra” (LIMA, p.164), na qual grandes propriedades foram transformadas em pequenas propriedades.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, consagrado na história da humanidade, trouxe alguns direitos como o respeito pela dignidade das pessoas, a liberdade e a igualdade dos cidadãos perante a lei, o direito à propriedade individual, o direito de resistência à opressão política e a liberdade de pensamento e opinião. Especificamente sobre a propriedade privada, a Declaração redigiu em seu último artigo, art. 17. “Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização” (1978), e expressou o direito à propriedade não mais como absoluta, mas como “relativamente absoluta”, uma vez que o Estado poderia dispor em algum momento do que se entendia por condição justa e prévia indenização, muito embora tenha alguns que considerem este momento como o mais privatístico da propriedade. Assim, o Código Civil Francês¹⁸ de 1804 já tratou de dispor a propriedade da seguinte maneira: "a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta possível, vedando-se usos de forma proibida em leis ou regulamentos".

¹⁸ Property is the right of enjoying and disposing of things in the most absolute manner, provided they are not used in a way prohibited by the laws or statutes. Código Civil da França de 1804. Disponível em: <http://napoleon-series.org/research/government/code/book2/c_title02.html>. Acesso em: 01 nov. 2009.

Léon Duguit¹⁹, jurista francês, lança sua teoria, em meados do século XX, e traz originariamente, o conceito de Função Social da Propriedade, “Ao sustentar a transformação geral da concepção jurídica da propriedade, que deixa de ser um direito subjetivo do proprietário para converter-se em função social do possuidor da riqueza” (1975, p.178) proveniente da propriedade como finalidade coletiva, na tentativa de abstrair a subjetividade absoluta da propriedade e traduzir a propriedade como função, ou como direito-função, embora alicerçada em uma abordagem sociológica e não jurídica. Para o jurista, a propriedade tinha uma atribuição meramente funcional aos interesses sociais, não sendo o caso de se estar transformando o privado em coletivo, uma vez que a propriedade não deveria ser nem individual, nem coletiva, mas servindo como instrumento funcional, deslocando-a do direito privado para uma função social. Duguit, que teve influência filosófica de Comte²⁰, acreditava nas relações sociais pautadas na solidariedade, diz que:

[...] estabelecido o direito objetivo na solidariedade social, o direito subjetivo daí deriva, direta e logicamente. E sendo todo indivíduo obrigado pelo direito objetivo a cooperar na solidariedade social, refutando, por outro lado, qualquer obstáculo à realização do papel social que lhe cabe. O homem em sociedade tem direitos; mas esses direitos não são prerrogativas pela sua qualidade de homem; são poderes que lhe pertencem porque, sendo homem social, tem obrigações para cumprir e precisa ter o poder de cumpri-las [...] a propriedade deve ser compreendida como uma contingência, resultante da evolução social; e o direito do proprietário como justo e concomitantemente limitado pela missão social que se lhe incumbe em virtude da situação particular em que se encontra (2009, p. 47/49).

Foi na segunda metade do século XIX, que surgiram os novos modelos normativos constitucionais, como na Constituição do México de 1917, Alemanha de 1919 e Brasil de 1934, em que o direito à propriedade privada e a intervenção do Estado, de assegurar padrões mínimos relevantes às ordens econômica e social. Isso se deu por influência da ideia

¹⁹ Leon Duguit parte da premissa de que a propriedade é uma instituição jurídica que, como qualquer outra, formou-se para responder a uma necessidade econômica, e estas necessidades, transformando-se em necessidades sociais, transformam a propriedade em função social, considerando a interdependência dos elementos sociais. Assim, a propriedade evolui de acordo com as modificações das necessidades econômicas. DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del Derecho Publico y Privado*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1975, p.178. O conceito jurídico de propriedade dado por Leon Duguit reconhece a necessidade da evolução dos conceitos das instituições jurídicas de acordo com a evolução da própria realidade econômica. Ao referir-se à socialização do conceito de propriedade, Duguit na verdade estava adequando o Direito à realidade do início do século XX e reconhecendo que todas as propriedades mobiliárias ou imobiliárias – exceto dos objetos de consumo – evoluem num sentido social”. JELINEK, Rochelle. **O Princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do código civil**. Porto Alegre, 2006.

²⁰ Augusto Comte(1798-1857) foi o filósofo do *Discurso sobre o Espírito Positivo*, via o “estado metafísico como transitório, que supera o estado teológico e o estado positivo como estado definitivo e normal da inteligência, é o que torna possível o progresso das ciências”. ver: COMTE, Augusto. *Discurso sobre o espírito positivo*. São Paulo: Abril Cultural, 1978. Também: COMTE, Augusto. *Catecismo positivista*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

econômica liberal pautada no modelo do *welfare state*, em que Judith Martins-Costa denominou a propriedade absoluta de "modelo antropológico napoleônico-pandectista, consagração de uma visão individualista e potestativa" (MARTINS-COSTA, 2002, p. 732).

A Constituição do México, de 1917, abriu a nova ordem normativa no mundo. A função social aparece expressamente na:

Art. 27 - Propriedade das terras e águas dentro dos limites do território nacional é investida inicialmente na Nação, que teve, e tem o direito de transmitir o seu título a particulares, constituindo a propriedade privada.

[...]

A nação deve sempre ter o direito de impor limitações à propriedade privada, como o interesse público pode exigir, bem como o direito de regulamentar a utilização dos recursos naturais, que são suscetíveis de apropriação, a fim de preservá-las e de assegurar uma distribuição mais equitativa da riqueza pública. Com este fim em vista, as medidas necessárias serão tomadas para dividir grandes latifúndios, desenvolver pequenas explorações em operação para criar novos centros agrícolas, com terras e águas necessárias para incentivar a agricultura em geral, e para evitar a destruição dos recursos naturais e para proteger a propriedade dos danos em detrimento da sociedade.

Na Constituição Alemã de Weimar, 1919, a função social se estabeleceu seguindo o dispositivo 153 que dizia estar a propriedade garantida pela Constituição e que leis iriam determinar o seu conteúdo e delimitação. [...] “A propriedade obriga. Seu uso deve ser simultaneamente o melhor serviço comum.”

Diferentemente da Europa Ocidental, a ocupação da propriedade privada no Brasil sobreveio da privatização do domínio público, uma vez que a Coroa Portuguesa quando chegou se apropriou de toda a extensão territorial, devido ao modo de colonização, como descrito por Judith Martins-Costa:

[...] este processo de passagem da propriedade feudal à propriedade privada, em sua conformação napoleônica-pandectista, marca dos principais sistemas jurídicos da Europa ocidental, assume contornos profundamente diversos no Direito brasileiro. Neste, inexistentes as estruturas sociais do tipo feudal, a propriedade formou-se a partir da propriedade pública, patrimônio da Coroa portuguesa, que detinha o domínio iminente das terras conquistadas. Gradativamente, a Coroa possibilita a apropriação das terras públicas pelos particulares, desfazendo-se de seu patrimônio (MARTINS-COSTA, 2002, p. 749).

No Brasil apareceu substituindo o art. 72, da Constituição de 1891, “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:”... “§ 17. O direito de propriedade se mantém em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por

necessidade, ou utilidade pública, mediante indenização prévia”, a Constituição de 1934, traz em seu capítulo II, dos Direitos e das Garantias Individuais, a seguinte redação:

Art. 113. 17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

Na Constituição de 1946, a Função Social da propriedade privada é contemplada também da ordem econômica e social, dando ênfase à reforma agrária uma vez que se destina a distribuição de terra rural, como visto no Art. 147 “O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.” No § 1º, resta claro o direcionamento: “Para os fins previstos neste artigo, a União poderá promover desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento da prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública, [...]”

Mas é em 1988, na Constituição da República Federativa do Brasil, que a Função Social da Propriedade Privada ganha *status* mais significativo, como fruto do fenômeno chamado de *relevância constitucional das relações privadas* ou *constitucionalização do Código Civil*. Os direitos individuais, ou do cidadão, vão sobrepor os direitos patrimoniais, ganhando ênfase à dignidade da pessoa humana. Tepedino (2004, p. 22), no livro que trata do tema premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil, vai dizer que são:

[...] novos parâmetros para a definição da ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.

Assim, a função social da propriedade privada foi privilegiada no rol dos direitos fundamentais, no capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais, artigo 5º, XXII e XXIII, no capítulo da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária, art. 186, I,II,III, e IV e no rol dos princípios da ordem econômica, art. 170, III, no capítulo da Ordem Econômica, a função social se fincou, como vejamos:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

III - função social da propriedade (BRASIL, 1998)

2.1- A Função Social da Propriedade Individual e Rural

Nos dispositivos constitucionais a função social é atribuída a vários tipos de propriedades privadas: a particular, ou individual, moradia urbana ou rural, e a empresarial. Embora oculto, entendemos que o sentido que o legislador quis dar a estes comandos é a necessidade de zelo e produtividade pela propriedade do indivíduo e o total repúdio à propriedade obsoleta, em última instância ao fim do individualismo e egoísmo patrimonial.

Para Tepedino (2001, P. 270), as mudanças relacionadas à nova roupagem conceitual e comportamental da propriedade privada estavam relacionadas diretamente à intervenção estatal. Diz textualmente, o sugerido autor:

Assim como na Europa, o Estado brasileiro do primeiro pós-guerra, sobretudo após os anos 30, adotou uma política nitidamente intervencionista, a refletir um processo, ainda atual, de dirigismo econômico e de sucessivas restrições à propriedade privada incapaz, todavia, de criar as desejadas bases mínimas de justiça distributiva e do bem-estar social.

Embora observando uma contradição entre o tipo de Estado brasileiro e a imputação da Função Social da Propriedade, por ser esta particular, fruto do direito do indivíduo que

trabalhou para tanto ou a adquiriu por herança, constituindo seu patrimônio, e sendo o Estado o responsável por dispor das necessidades sociais do seu povo, e que não as cumpre, não nos furtamos da concepção de estarmos diante de um país que se diz neoliberal, em sua atual Constituição, em que há o cruzamento do sistema capitalista e socialista, conforme os ditos de Washington Peluso Albino de Souza (1999, p. 321).

Se fôssemos avaliar o papel da propriedade privada nos Estados Socialistas, como a República Popular da China, em sua Constituição, observaríamos que poderíamos ter tido um equívoco por parte do legislador em cobrar a função social da propriedade individual na nossa Constituição, eminentemente capitalista.

Vejamos, em termos comparativos, o dispositivo chinês acerca da propriedade, citado por Eros Grau (2014, p. 233), que em nenhum momento cita requerer medida social da propriedade privada individual:

Art. 13 – El Estado protege El derecho de propiedad de lós ciudadanos sobre sus ingresos legítimos, ahorros, casas de vivienda y otros bienes legítimos. El Estado protege, de acuerdo com las estipulaciones de La ley, el derecho de los ciudadanos a heredar los bienes privados. (4 de dezembro de 1982)²¹

Ousamos ainda dispor nos termos da Constituição da República de Cuba, no seu art. 22, e da Constituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, em seu art. 13, respectivamente, citadas por Eros Grau (2014, p.233) que:

Se garantiza la propiedad personal sobre lós ingresos y ahorros procedentes Del trabajo próprio, sobre la vivienda que se posea com justo titulo de dominio y lós demás bienes y objetos que sirven para la satisfacción de las necesidades materiales y culturales de la persona. (15 de fevereiro de 1976)²²

A base da propriedade pessoal dos cidadãos da URSS são as receitas provenientes do trabalho. Podem ser propriedade pessoal, objetos usuais, de consumo e comodidade pessoais e da economia doméstica auxiliar, a casa de habitação e as economias procedentes do trabalho. A propriedade pessoal dos cidadãos e o direito de herdá-las são protegidos pelo Estado. (7 de outubro de 1977)

²¹ Tradução livre: O Estado protege os direitos de propriedade dos cidadãos dos seus rendimentos legítimos, poupanças, casas e outras Vivenda bens lícitos. O Estado protege de acordo com as disposições da lei, o direito dos cidadãos para herdar a propriedade privada.

²² Tradução Livre: rendimentos de propriedade pessoal e de poupança derivada do trabalho PRÓPRIO sobre a habitação que é possuído domínio justamente com e outros bens e objetos que servem para satisfazer as necessidades culturais do indivíduo material e é garantida.

Pelos presentes dispositivos constitucionais, resta claro a não intervenção do Estado nas propriedades e bens de cunho meramente particulares, havendo uma nítida distinção entre função social e função individual da propriedade, observada por Eros Grau (2014, p. 235).

Ao contrário, a função social é um instituto que condiciona o proprietário a atividades que gerem conforto à coletividade através da sua manutenção e zelo, a ponto de ser objeto de desapropriação quando não atendidas as exigências mínimas. Para Rodrigo Octávio Mesquita,

é uma restrição constitucional da propriedade, esta entendida em sentido amplo, abrangendo, a princípio, qualquer regime jurídico regulador de qualquer modalidade de objeto apropriável economicamente, que tem por finalidade atender o interesse social, consubstanciado no bem-estar comum, traduzido em normas positivadas específicas, de acordo com a natureza e peculiaridades do bem, através de deveres positivos voltados ao atendimento de metas segundo critérios e índices previstos impostos ao proprietário, este também em sentido amplo, cujo descumprimento enseja-lhe sanções, podendo chegar até a sanção máxima, a desapropriação por interesse social, dependendo do caso. (2007, p. 122).

Na lógica do capitalismo liberal, a capacidade de produção do indivíduo em construir seu patrimônio para uso exclusivo familiar de subsistência, dentro de um Estado Democrático de Direito, o justo é que essas riquezas fossem respeitadas e protegidas, e não, que fossem pensadas como parte de uma coletividade. Apesar de entender ser este um pensamento que venha na contramão dos pensamentos contemporâneos e nos repetidos discursos doutrinários e normativos à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, esquecendo por vezes que o titular da propriedade também é um humano e que, portanto, deveria ter sua dignidade preservada.

Assim a função social da propriedade urbana ou moradia particular, presente no art. 5º, incisos XXII e XXIII, se comunica diretamente com o estabelecido no art. 1.228, da Lei n. 10.406/02 (Código Civil) e define que “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que seja, que injustamente a possua ou detenha.”

§1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem. (BRASIL, 2002)

A este instituto são somadas as fiscalizações dos municípios, que tem órgãos específicos, para vislumbrar e acompanhar a sua devida eficácia, apesar de se verificar na *práxis* a sua inoperância no surgimento de bairros clandestinos em locais inapropriados, sem condições mínimas de habitação, em que o Estado se ausenta e culmina em um crescimento urbanístico descontrolado e sem planejamento. Afora os imóveis provenientes de heranças, foco de discussões judiciais, abandonados em ruínas em meio às cidades, configurando objeto constante de insegurança aos transeuntes na iminência de ruírem.

Já a função social da propriedade privada enquanto rural ou latifundiária é diretamente relacionada com a Reforma Agrária, prevista no art. 184 da CF/88, contemplada no capítulo III – Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária- que diz “Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social”. O conceito e o objetivo claro da desapropriação e da função social da propriedade rural, é posto e traduzido no art. 186 da Constituição/88, que expõe seu cumprimento quando atendido requisitos expressos em seus incisos, vejamos:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. (BRASIL 1988)

No entanto os contínuos protestos de movimentos, como o MST (Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra), pertinente a esta função social, refletem a insuficiente aplicabilidade deste instituto, senão a patente inaplicabilidade. Segundo dados do IBGE, o Brasil caminha lentamente, a passos curtos, quase que inerte quanto à desapropriação para fins de uma justa distribuição de terras, como objetivo do instituto da função social dada à propriedade privada rural.

Com a ausência de um planejamento econômico fundiário e da visível tendência governamental em privilegiar o agronegócio em detrimento a agricultura familiar, a Reforma necessária é prejudicada, como elucidado por João Pedro Stedile, da Coordenação Nacional

do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), em Revista publicada pelo Ipea (Instituto de pesquisa econômica aplicada)²³ - Desafios para o Desenvolvimento em 2012,

“Dentro do governo o setor do agronegócio é hegemônico, enquanto os setores que defendem a reforma agrária, a agricultura familiar, o meio ambiente e os sem-terra são minoritários. As políticas são contraditórias: às vezes atendem o agronegócio, às vezes a agricultura familiar. Mas, majoritariamente o agronegócio tem preponderância”

2.2 - A Função Social da Propriedade/Atividade Empresarial

A propriedade presente no artigo 170, da Constituição, encorpada na ordem econômica, conseqüentemente figurando como princípio, é aquela que não só é privada e individual, mas assume um papel na sociedade de extração de riquezas. Essa propriedade vem trazer um novo conceito, que é a de uma propriedade que administra os excessos de forma a lucrar com eles, saindo da propriedade individual apregoada por Locke, citado por Isabel Vaz (1993,p.26-27) que era aquela comum aos homens e necessária para sua subsistência, comentada anteriormente.

Para Locke (*apud* Vaz 1993, 27) é um rompimento do equilíbrio, daquilo que era natural, e passa a ser um meio de comércio, de lucro. A essa propriedade que mais adiante é intitulada como empresa, pela Lei n. 6.404/76 – Lei das Sociedades por Ações, em seu art. 154, é atribuído um dever social de gerar benefícios para a sociedade, que é a função social da propriedade estabelecida pelo art. 170, inciso III.

Diferentemente do posicionamento sobre a imposição de uma função social da propriedade privada particular, Eros Grau, entende que para a propriedade empresarial a função social é uma necessidade, por se configurar na intervenção estatal na obrigatoriedade

²³ “Promessa de sucessivos governos e demanda de vários setores da sociedade, aparentemente a reforma agrária deixou de ser prioridade para o país. O ano de 2012 apresenta um índice bastante baixo de famílias que obtiveram um pedaço de terra em programas de assentamento pelo Brasil. Segundo dados do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), até 16 de novembro apenas 10.815 famílias haviam sido incluídas em assentamentos rurais, um terço da meta estabelecida para o ano. Para efeito de comparação, em 2006, 136.319 famílias foram beneficiadas.

Além disso, somente metade dos R\$ 3 bilhões reservados ao órgão no Orçamento da União de 2012 havia sido executada até meados de novembro. Em relação à verba específica para a compra de terras para fins de reforma agrária, apenas 41% do total de R\$ 426,6 milhões tinham sido gastos.

Embora conste da programação oficial – nos Planos Plurianuais 2008/2011 e 2012/2015 –, o Programa de Reforma Agrária praticamente desapareceu da agenda governamental, pelo menos desde os anos finais do mandato do presidente Lula. A partir de 2011 o programa ficou ainda menor, e, mais grave, os assentamentos se tornaram alvo da acusação de serem em grande medida responsáveis pela tragédia da pobreza rural mais extrema”, aponta Brancolina Ferreira, coordenadora de Desenvolvimento Rural da Diretoria de Estudos e Políticas Sociais do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea).”

Ver mais em publicação da Revista Ipea (Instituto de pesquisa de economia aplicada). **Reforma agrária perde fôlego na agenda nacional. 2012 . Ano 9 . Edição 75 - 28/12/2012. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2866:catid=28&Itemid=23**

constitucional de se promover uma função social, a qual define como *função social ativa*, pois que “é justificada pelos seus fins, seus serviços, sua função” (2014, p. 239).

No entanto, não podemos olvidar os inúmeros problemas que decorrem desta obrigatoriedade, pois que não se tem pontualmente, nem o que seria ou como seria essa função social, ficando no plano do vazio conceitual e eficiente. Os ambientalistas afirmam que é produzir minimizando os efeitos da produção no meio ambiente, os tributaristas afirmam que é simplesmente pagar tributos, os trabalhistas dizem se empregar a mão de obra, os consumeristas afirmam que é respeitar a relação de consumo.

Nos dizeres de Eros Grau, a função social da propriedade vai ser o que importa ao proprietário que é “o poder de exercê-lo em benefício de outrem, e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem” (2014, p. 245). Neste sentido é um convite a mitigação do capitalismo e a busca do lucro pelo lucro por parte do empresário. Apesar de serem valores ocultados da atividade empresarial, não estão liquidados, antes estão latentes e apenas mascarados como “postura econômica conformadora” ou “normativa conformadora”.

Desenvolvendo o pensamento, não nos custa, em uma rápida análise, adentrar no caput do artigo 170 onde delimita e norteia todos os princípios da ordem econômica canalizando-os para a efetivação de uma vida digna e por fim a uma justiça social.

Para Amaral (2008, p.119), a função social da empresa “se vincula [...] à atividade empresarial desenvolvida e pode ser dividida em duas espécies: endógena e exógena, de acordo com os fatores envolvidos” ao passo que define essas duas espécies: “A função de caráter endógeno diz respeito aos fatores empregados na atividade empresarial no interior da produção. Assim, fazem parte dessa espécie as relações trabalhistas desenvolvidas no âmbito empresarial; o ambiente no qual o trabalho é exercido, os interesses dos sócios etc.” Já o caráter exógeno da função social da empresa se expressa quanto às questões externas da atividade empresarial, como os concorrentes, consumidores; e o meio ambiente. (2008, p. 119). E aduz o autor estar, estas espécies, implicitamente descrito nos demais incisos do art. 170 da CF/88 como livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, etc.

Toda esta confusão que impede o conceito nítido da função social da empresa passa pela natureza jurídica da mesma. Afinal, a empresa surge com um único fim: gerar lucros. E isto é irrefutável. Quando não está gerando lucros, a iniciativa empresarial é tomada pela a postura de encerrar suas atividades, sem maiores necessidade de justificativa. Apesar de Amaral dizer que “esse argumento é digno daqueles que se prendem ao passado e ignoram a nova realidade social” (2008, p. 118). Mas o que é a realidade social? O que é realidade?

Numa análise Keynesiana, o encerramento de uma atividade empresarial traduz-se num golpe mortal na economia, pois que estamos diante de um dos importantes fatores de produção que deve estar sempre em seu nível ótimo, assim como os demais, a fim de gerar o pleno emprego. E é uma reação imediata ao empresário que se sente prejudicado em suas atividades empresariais. Daí surge um primeiro problema: O interesse do Estado (Público) X o interesse do Empresário (Privado).

O segundo problema decorre da necessidade funcional de manter este discurso para obtenção da qualidade normativa, mesmo se valendo de uma ocultação de um paradoxo: A empresa não tem função social alguma, ela tem uma função meramente lucrativa, mas isso não precisa ser exposto. Deve ser mantido no plano da ocultação, para manter uma ilusão funcional, muito embora se revele na *práxis*.

2.3 - A Função Social da Propriedade Empresarial e a Revelação do Paradoxo

O fato é que, quando constitucionalizada, a função social da atividade empresarial veio traduzir uma verdade de que o Estado brasileiro quer que toda a propriedade tenha uma função social, inclusive as pessoas jurídicas de caráter industrial, comercial etc., contradizendo a sua natureza e a do capitalismo. Pois, o capitalismo não tem em sua essência a preocupação com o social, e sim, com ele mesmo, com a maximização de riqueza, lucro, produto, consumo, distribuição, comercialização e negociação. Aliás, o capitalismo não está preocupado se os seus produtos vão gerar sociabilidade ou uma distribuição igualitária, o seu interesse é com seus bens e com os resultados advindos deles.

Mas o Estado, como ainda tem reflexos iluministas, de origem humanista, o que é um paradoxo para a própria ideia de Estado, vai encampar a ideia, dentro de uma ideia de Estado Constitucional de Direito, de que todas as propriedades devem ter uma função social, independente de sua natureza. Nessa perspectiva, as empresas passam a ter a obrigatoriedade do exercício de uma função social, traduzida como um valor, para obter suas marcas registradas com conceitos de credibilidade dentro do sistema social, muito embora se utilizem desta “obrigação” para o aumento de suas rentabilidades. Posto que, quanto ao pagamento dos seus tributos estes são obrigatórios, assim como o comprometimento com a relação laboral. No que tange às questões ambientais detecta-se a tendência natural ao lucro, através de uma postura politicamente correta, valendo-se do marketing verde. Já no envolvimento destas atividades em vinculações culturais e educacionais o interesse é primeiramente nos descontos

e isenções tributárias inerentes a estes incentivos, depois no *marketing* social que também migra para a percepção de lucro em detrimento da concorrência, assunto a ser destacado no próximo capítulo. Pois bem, não se consegue contemplar uma postura puramente samaritana, mas unicamente uma prática natural e tendenciosa da busca pelo lucro. Devidamente reconhecido pelo próprio Amaral quando aduz que:

[...] no que concerne à responsabilidade social, por mais que grandes empresas se coloquem como titulares de programas desta natureza, há que se afirmar que a dita cidadania empresarial está, no mias das vezes, vinculada a programas que acabam por aumentar a rentabilidade das empresas sem implicar a proporcional melhora no contexto social. Ou seja, sob o argumento da responsabilidade social, grandes empresas aumentam seus rendimentos, passando boa imagem aos seus consumidores, mas, na realidade, não exercem essa responsabilidade de sorte proporcional aos lucros que auferem, por mais que divulguem a obediência à essa proporcionalidade” (2008, p.118)

Não seria esta a nova realidade social? A ocultação do paradoxo da função social da atividade empresarial. Afinal, a realidade é paradoxal, como afirma Luhmann (2011). O Estado Constitucional de Direito para além de utilizar o princípio como uma invenção, coloca-o numa função de construir uma verdade, a verdade da função social da propriedade, como uma característica dos entes coletivos, no caso específico da atividade empresarial. E para além desta imposição, reafirmamos, não há uma conceituação mínima do que seria esta função social da atividade empresarial, apenas configura a sua existência e a sua obrigatoriedade, pois se tivesse que explicar não conseguiria, uma vez que teria que ir ao embasamento do sistema capitalista e chegando lá não obteria as respostas que pretendia, este certamente responderia que a atividade empresarial não é obrigada a ter uma obrigação social. Como dito outrora, “é uma explicação da não explicação, explicável sem explicar nada”, mas assim se vive os princípios no sistema normativo, que são uma metafísica, pois se fossem uma regra, teria que se explicar, mas como a previsão normativa veio em forma de princípio, este já explica tudo, sem dizer nada, só exigindo em si mesmo e cessando o discurso em afirmar que a empresa tem que ter uma função social e terá que publicizar para poder se legitimar no sistema social, onde o mercado consumidor interprete na empresa a credibilidade necessária diante do contexto imposto, o que é um paradoxo para o capitalismo e Marx diria o mesmo, com toda certeza.

O paradoxo, representa, como dito por Magalhães, na perspectiva da Teoria dos Sistemas “a própria condição de possibilidade das operações do sistema”(2014, p. 92) e não apenas uma contradição. A observadora, à luz dos pensamentos de Luhmann, entende que não

se está diante de um problema, antes o paradoxo é um instituto “apto a ser desenvolvido de forma criativa, ou seja, capaz de produzir operações em contextos em que, aparentemente, estas não são possíveis” (2014, p. 92). Tomado o discurso da autora para o trabalho posto, aqui resta observar e descrever essa realidade paradoxal da função social da atividade empresarial e as várias ramificações que esta consegue atingir no sistema social.

Ao reconhecermos a existência do paradoxo e expormos ao ápice do discurso, contrariando as correntes doutrinárias e filosóficas que se esforçam em ocultá-lo, vemos nele a resposta para o sistema. O que parece ser um problema é uma solução. Apesar de ser definido “como o que é contrário à opinião comum, como aquilo que é bizarro, não convencional, incompreensível, que fere a razão, o bom senso, a lógica” (BAREL, 1979, p. 19). O paradoxo é sinônimo de contradição e também de tautologia, ou seja, na retórica a tautologia é um termo ou texto que expressa a mesma ideia de formas diferentes. Assim, a lógica clássica nos orienta a sempre tratar o paradoxo como algo abominável, que se deve esconder, enquanto que a Teoria da Sociedade (*Teoria della società*), de Luhmann e de Giorgi, nos convida a observá-lo e a descrevê-lo, pois tautologicamente o paradoxo é apenas uma forma de se explicar algo de forma diferente, sem ter que extirpá-lo.

Pois bem, o princípio da função social da atividade empresarial é um paradoxo por ser contraditório quanto ao seu campo teórico e prático. Isto é: É posto na norma, é amplamente exaltado na doutrina, mas que ao final não é cumprido na prática, pelo nítido objeto contraposto ao lucro que é a sua natureza essencial. E é um paradoxo por ser tautológico, qual seja o problema que é uma solução normativa quando assumido como “constitutivo dos sistemas sociais”, proposto pela matriz luhmanniana.

Neste sentido, o paradoxo nada mais é do que um mecanismo necessário “superando a lógica clássica como referencial para as autorreflexões da sociedade”(MAGALHÃES, 2014, p. 94-95). A referida autora conta em sua obra como Luhmann descreve essa necessidade na famosa estória dos camelos, de origem talmúdica, para pensar “as grandes questões jurídicas a partir de casos concretos”. Importa acrescentar ainda que:

na estória, três homens estão diante da situação de dividir sua herança (alguns camelos) de acordo com a vontade de seu pai, que dispunha que o filho mais velho deveria receber metade dos camelos, o do meio deveria receber um quarto e o mais novo, um sexto destes. Ocorre que, quando o velho beduíno morreu estavam apenas onze camelos, total do qual não se podia efetuar a divisão na forma de apenas onze camelos, total do qual não se poderia efetuar a divisão na forma de sua vontade. O problema foi levado a um juiz, que juntou ao complexo dos camelos o seu próprio camelo, fazendo então a divisão da forma estabelecida: de um total de doze camelos, o filho mais velho ficou com seis, o do meio com três e o menor com dois. A

soma da parte de cada um perfazia onde camelos, de modo que o juiz, realizada a tarefa, tomou de volta o décimo segundo camelo. (2014, p. 99).

Assim, como dito pela autora, Luhmann apresenta o décimo segundo camelo como uma ambivalência, pois o sistema utiliza-se dele sem o possuir, “esta ambivalência aponta, exatamente, para o caráter paradoxal do Direito. O camelo é, e não é necessário, diz Luhmann, porque ele é paradoxalmente constitutivo, ou melhor, ele é uma forma de operacionalização do paradoxo constitutivo do Direito” (2014,II, p. 99).

Assim como a propriedade privada, a função social da atividade empresarial não seria uma verdade absoluta, vista como exploração econômica desta atividade, que segundo entendimento de Perlinger:

o crescimento econômico e o conseqüente bem estar (benessere) quando não preservam a qualidade de vida, ou seja, a liberdade e a dignidade humana, não são progresso e desenvolvimento social e constitucionalmente valoráveis, mas se traduzem, antes ou depois, em um mal-estar para todos. Com esta sensibilidade devem ser enquadradas as problemáticas do ilícito e da responsabilidade, do abuso do direito e do excesso de poder e as análises das numerosas proibições e dos limites à atividade do proprietário, que não podem assumir aprioristicamente a qualificação de excepcionais e de número fechado, exaltando a elasticidade e, portanto, a absoluta liberdade dominical que acaba de emancipar-se da escravidão das limitações (2002, p. 228).

Essa condição capitalista da atividade empresarial é tão consolidada, e não teria como não ser, pois que é a sua natureza em si, que o próprio Estado, que o convida a participar das obrigações sociais, reconhece e não consegue exigir dela o comando principiológico econômico constitucional, p. ex, necessário nos é recordar, para corroborar com esta pesquisa, o caso conhecido como de Pinheirinho, ocorrido no início do ano de 2012, na cidade de São José dos Campos, em São Paulo.

Neste caso, foi expedida uma ordem judicial de reintegração de posse para desocupação de um terreno no bairro do Pinheirinho, pertencente a uma massa falida e é ocupado por milhares de pessoas. O fato é que após toda uma artimanha jurídica e policial-estatal, a ordem foi cumprida, todos foram brutalmente retirados, ocasionando o caos humanitário à população local, o que inclusive gerou repúdio de órgãos nacionais e internacionais de proteção e tutela dos direitos humanos. Como vítimas deste caos, estima-se que mais de cinco mil pessoas perderam seus lares, bens e histórias. Neste fato evidencia-se claramente o descumprimento, na *práxis*, inclusive pelo próprio Estado que foi o beneficiado, ao art. 170, inciso III que cobra a qualquer atividade empresarial a sua função social.

Como é uma invenção, ou fruto de uma invenção, o princípio da função social não sobrevive enquanto *práxis*, se apresentando com um sentido puramente do ponto de vista teórico, pois do ponto de vista da *práxis* não tem sentido algum porque não se realiza. Sendo necessário para a organização do sistema e assim comprovando a teoria da conveniência sistêmica, em que a sua ausência comprometeria profundamente a sua estrutura e a sua existência que é baseada no Bem Estar Social e na cultura da Constituição Cidadã.

No caso exposto se contrapõe dois tipos de propriedade privada: a propriedade privada individual que fora adquirida pelo tempo e a propriedade privada da atividade empresarial da massa falida. Entre a certeza e a incerteza do direito de ambas, Gonçalves (2014, p.75-76) aponta que Luhmann sustenta que “a única certeza que o direito pode oferecer é uma incerteza: a certeza de que a tomada de decisão jurídica será baseada em um código binário e ocorrerá conforme um de seus polos, o positivo ou negativo”. O autor aduz ainda que:

Por causa dessa binariedade do código, a certeza da decisão tomada transforma-se em incerteza para a sociedade a respeito da adequação da decisão. Paradoxalmente, no entanto, esta incerteza social da oscilação do código entre o lícito e o ilícito é fundamental para a sofisticação da técnica de repressão, de certeza e de segurança do direito exigida pelas condições sociais contemporâneas (2014, p. 76)

É dessa forma que se constata a consequência fatal da presença da complexidade na sociedade moderna, pois que a incerteza e as contingências²⁴ são reflexos desta, gerando insegurança, medo, incertezas nas diversas relações e nas necessárias intervenções jurídicas para acompanhar as transformações. A ocultação do paradoxo tem seu sentido sistêmico quando se intenciona minimizar as complexidades do sistema social e seus subsistemas.

A propriedade privada, enquanto atividade empresarial encontra-se no eixo da economia e, portanto, tudo o que a ela é imputado gera reflexos a comandos específicos da sua natureza, como a livre iniciativa e a livre concorrência. Neste contexto a livre concorrência é tomada pela complexidade, como um princípio autoexplicativo (*erkelungprinzip*), do qual é o objeto do próximo capítulo.

²⁴ Contingência é a possibilidade do diferente, contínua potencialidade imanente de transformação, hipótese sobre o real, elisão da necessidade. É a incerteza, a dúvida, produto de diferenciação, da separação e da ruptura. Raffaele De Giorgi. Contingência e Legitimação. Capítulo introdutório do livro *Scienza Del diritto e legittimazione*, publicado pela editora italiana Pensa Multimedia. (p.18).

3 - A LIVRE CONCORRÊNCIA: UMA COMPLEXIDADE *ERKELUNGSPRINZIP*

Em se tratando dos ditos direitos fundamentais da empresa, a Constituição assegura dois de extrema necessidade para sua existência mínima: a Livre Iniciativa e a Livre Concorrência. Estando a livre iniciativa destinada a, entrelaçada com a valorização do trabalho humano no *caput* do artigo 170²⁵, proporcionar uma existência digna pautada na justiça social segundo os ditames dos princípios da ordem econômica, principalmente o da livre concorrência. Conceitualmente, BASTOS (2000, p. 16) diz que livre iniciativa

[...] é uma manifestação dos direitos fundamentais e no rol daqueles devia estar incluída. De fato o homem não pode realizar-se plenamente enquanto não lhe for dado o direito de projetar-se através de uma realização transpessoal. Vale dizer, por meio da organização de outros homens com vistas à realização de um objetivo. Aqui a liberdade de iniciativa tem conotação econômica. Equivale ao direito de todos têm de lançarem-se ao mercado da produção de bens e serviços por sua conta e risco. Aliás, os autores reconhecem que a liberdade de iniciar a atividade econômica implica a de gestão e a de empresa.

Assim, configura a livre iniciativa a predisposição e o “desempenho de atividades economicamente relevantes. Com efeito, a liberdade para iniciar e desenvolver atividades produtivas” (TAVARES, 2013, p.31), desde que dentro de um sistema de competitividade que norteie suas condutas mercantis em uma sincronia entre o lucro, próprio do interesse

²⁵ Tercio Sampaio Ferraz Jr. ressalta a importância da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano à luz da liberdade econômica figurada na Constituição de 1988: "Nestes termos, o art. 170, ao proclamar a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano como fundamentos da ordem econômica está nelas reconhecendo a sua base, aquilo sobre o que ela se constrói, ao mesmo tempo sua *conditio per quam* e *conditio sine qua non*, os fatores sem os quais a ordem reconhecida deixa de sê-lo, passa a ser outra, diferente, constitucionalmente inaceitável. Particularmente a afirmação da livre iniciativa, que mais de perto nos interessa neste passo, ao ser estabelecida como fundamento, aponta para uma ordem econômica reconhecida então como contingente. Afirmar a livre iniciativa como base é reconhecer na liberdade um dos fatores estruturais da ordem, é afirmar a autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, aceitando a sua intrínseca contingência e fragilidade; é preferir, assim, uma ordem aberta ao fracasso a uma 'estabilidade' supostamente certa e eficiente. Afirma-se, pois, que a estrutura da ordem está centrada na atividade das pessoas e dos grupos e não na atividade do Estado. Isto não significa, porém, uma ordem do '*laissez faire*', posto que a livre iniciativa se conjuga com a valorização do trabalho humano, mas a liberdade, como fundamento, pertence a ambos. Na iniciativa, em termos de liberdade negativa, da ausência de impedimentos e da expansão da própria criatividade. Na valorização do trabalho humano, em termos de liberdade positiva, de participação sem alienações na construção da riqueza econômica. Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes. Esta espontaneidade, base da produção da riqueza, é o fator estrutural que não pode ser negado pelo Estado. Se, ao fazê-lo, o Estado a bloqueia e impede, não está intervindo, no sentido de normar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado". (parecer publicado no jornal "O Estado de S. Paulo", p. 50, em 04.06.1989. São Paulo-SP)

particular da empresa/empresário, e a concorrência própria do interesse econômico social. Dentro deste deslinde, o direito da livre iniciativa ativa um outro necessário a esta dinâmica, que é o da livre concorrência, estando os dois um para o outro assim como a liberdade está para ambos, a serem trabalhados na existência da propriedade privada, enquanto atividade empresarial, na garantia da ordem econômica e na eficácia do dispositivo posto constitucionalmente. Mas, a liberdade aqui explanada não se refere à liberdade plena da empresa, e só dela, que está inserida em um sistema econômico capitalista. A liberdade presente na ordem econômica na Constituição de 1988, nestes dois fundamentos, é a palavra chave que é reflexo da liberdade de produção, envolvendo aí a atividade empresarial e o trabalho humano, formatando um desejável ideal econômico. Não obstante, essa liberdade está mais para uma repressão estatal, camuflada, para uma intervenção do Estado nas atividades empresarias, do que para uma liberdade na essência de sua existência, como abordado por Tavares:

Os condicionamentos à liberdade de iniciativa (privado-econômica) surgem exatamente na medida em que se constata a necessidade de garantir a realização da justiça social e do bem-estar coletivo.

Nesse sentido, a liberdade privada em dedicar-se a uma determinada atividade econômica significa tão somente liberdade de desenvolvimento dessa atividade no quadro estabelecido pela Constituição, que aqui se torna Constituição-garantia em duplo sentido, para o empresário e para a sociedade, e, portanto com limites em ambas as dimensões. Este é o motivo pelo qual se pode afirmar validamente que a liberdade de iniciativa se exerce dentro dos parâmetros, fazendo-se compreender, no texto constitucional, a abertura para a criação de limites e restrições por via de lei, desde que proporcionais, quer dizer, plausíveis e compatíveis com a própria Constituição. (2013, p. 13-14)

Quanto à livre concorrência, especificamente, não descartando a mesma linha de raciocínio acerca da liberdade, o que se dita como livre, na *práxis* é uma forma de controle invisível e danoso para o desenvolvimento econômico, por traz de uma definição iluminista, pautada na ideia da razão ainda, posta que é uma forma justa de controle das empresas e suas operações mercantis, no fito de conter a prática de monopólio no mercado. Dentro de uma perspectiva meramente econômica seria a melhor conduta a se tomar se não fosse a intervenção do Estado através de outros princípios que terminam por ampliar as complexidades do sistema.

Por ser o direito paradoxal, como dito por de Giorgi (2006, p. 211), pelo simples fato dele mesmo determinar o que é lícito ou ilícito, a partir de si mesmo, é o direito que reconhece o que não é direito para dizer o que é direito e vice e versa. Na mesma linha de

raciocínio, é paradoxal a igualdade, prossegue o autor, onde o outro lado é a desigualdade, pois “quanto mais os indivíduos são iguais como cidadãos, mais os cidadãos são desiguais como indivíduos” (*ibidem*), em um entendimento claro entre coletividade e individualidade. Assim é paradoxal a estrutura da soberania, em que o povo é investido de soberania, embora desprovido do poder. De Giorgi, faz uma análise acerca da liberdade observando a forma paradoxal que esta se apresenta, pois que “declaram-se exauridas as filosofias da história e a experiência do ‘dever-ser’ a afirma-se uma semântica de autorregulação que agora será chamada de liberdade” (*ibidem*). O autor continua dizendo que “o modelo de autorregulação é desenhado pelo mercado que, para além da metafísica, é somente uma organização da economia” (*ibidem*). Assim, a liberdade, entendida como a autorregulação, traduzirá a segurança econômica para todo o sistema, mesmo que se contradiga, pois a segurança é o anseio do sistema social, embora não utilizada mais pelo uso da razão.

Na realidade, se surpreendem porque a ordem do mundo não mais corresponde à ordem da razão e porque esta se revela incapaz de controlar a indeterminável complexidade, que se derrama sobre o mundo que fora imaginado como uma conexão de organizações iguais e livremente ordenadas segundo justiça e direito, mas que, ao contrário, se apresenta como incompreensível horizonte de irreduzíveis indeterminações (DE GIORGI, 2006, p. 212).

Essa incompreensão horizontal de irreduzíveis indeterminações é que vai expor os comportamentos e trilhar os caminhos necessários, dentro de uma lógica ilógica, mas que consegue responder ao sistema diante do surgimento das complexidades ou irritações. Para Luhmann (1987, p. 145), a noção de complexidade está diretamente ligada à infinidade de motivos impossíveis de ser plenamente controlados e assimilados por uma única estrutura: para um determinado efeito existem inúmeras possibilidades. Quando se fala em uma estrutura o autor está se referindo às expectativas, pois aquela é essa “sobre a capacidade de conexão das operações, tanto da vivência como da ação; ou expectativas generalizadas do que deve ser comum, mas que não são subjetivas (2011, p. 114-115)”. A estrutura vai favorecer a interação entre sistemas, que para Luhmann é chamada de acoplamento estrutural²⁶.

²⁶O sistema pode reagir a irritações e estímulos, não quando tudo pode influir no sistema, mas somente quando existem padrões altamente seletivos. Ou seja, o sistema reage apenas quando pode processar informação e transformá-la em estrutura. As irritações surgem de uma confrontação interna (não especificada, num primeiro momento) entre eventos do sistema e possibilidades próprias, que consistem, antes de tudo, em estruturas estabilizadas, expectativas. Portanto, não existe nenhuma irritação no meio do sistema, assim como não existe *transfer* de irritação do meio ao sistema; é sempre uma autoirritação (naturalmente posterior a influxos provenientes do meio). [...] É possível dizer, então que a seleção de acontecimentos ocorridos no meio – e capazes de produzir efeitos no sistema – é condição de possibilidade para que o sistema, com esse espectro tão

A livre concorrência traz a proposta de estabelecer uma diferenciação entre monopólio²⁷ e concorrência, ou competição, para se chegar ao necessário e numa eficiente ordem econômica, que segundo nos diz Tavares (2013, p. 40): “A livre concorrência não tolera o monopólio ou qualquer outra forma de distorção do mercado livre, com o afastamento artificial da competição entre os empreendedores. Pressupõe, pelo contrário, inúmeros competidores em situação de igualdade”. Para tanto o sistema jurídico se posiciona, no intuito de conter qualquer forma de desigualdade no âmbito da competitividade, se valendo de leis, a exemplo da lei Antitruste (Lei n. 12.529/11) a serem convocadas quando de qualquer ameaça a esta igualdade.

A rigor, a legislação antitruste visa a tutelar a própria estrutura do mercado. No sistema capitalista, a liberdade de iniciativa e a de competição se relacionam com aspectos fundamentais da estrutura econômica. O direito, no contexto, deve coibir as infrações contra ordem econômica com vistas a garantir o funcionamento do livre mercado. Claro que, ao zelar pelas estruturas fundamentais do sistema econômico de liberdade de mercado, o direito de concorrência acaba refletindo não apenas sobre os interesses dos empresários vitimados pelas práticas lesivas à constituição econômica, como também sobre os consumidores, trabalhadores e, através da geração de riqueza e aumento dos tributos, os interesses da própria sociedade em geral. (COELHO,1995, p. 5).

O sistema jurídico cuida para que a livre concorrência seja preservada com edição de leis que coíbem a prática do monopólio ou de regras mercantis ilícitas, como é o caso da Lei n. 8.137/90 que tipifica penalmente os crimes contra ordem econômica e a Lei Antitruste, n. 8.884/94, que “[...] que estabelece mecanismos jurídicos para combater, administrativamente, a concentração econômica e evitar abusos que possam comprometer o equilíbrio do sistema de livre concorrência estatuído constitucionalmente” (TAVARES, 2013, P. 46-47). Nesse contexto, Silveira Neto (2013) alerta que a liberdade econômica é imprescindível, necessária ao crescimento econômico e ao desenvolvimento social, cabendo apenas seu disciplinamento através da Lei Antitruste, que em seu artigo primeiro diz:

Art. 1º. Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. (BRASIL, 1994)

seletivamente depurado, possa empreender algo. Ou, falando de maneira abstrata: a redução de complexidade é condição para o aumento de complexidade. (LUHMANN, 2011, p. 132)

²⁷ Friedman diz que monopólio existe quando um indivíduo ou uma empresa específica tem controle suficiente sobre determinado produto ou serviço para estabelecer de modo significativo os termos em que outros indivíduos terão acesso a ele.(1977, p.105)

O autor ainda afirma que “a livre concorrência cumpre função social plena no exato momento em que segue as regras do Direito Antitruste brasileiro, regras que, por sinal, dão ampla liberdade de atuação do poder econômico, inclusive deixando-o livre para realizar o lucro de sua atividade econômica por maior que este possa ser” (SILVEIRA NETO, 2013, p. 135). Através da liberdade econômica, regrada e disciplinada, a função social da atividade empresarial se encontra e se completa, pois que “a propriedade dotada de função social obriga o proprietário ou o titular do poder de controle sobre ela ao exercício do direito-função (poder-dever), até para que se esteja a realizar o pleno emprego” (GRAU, 2014, p.253).

Nesse entendimento, observamos que no pensamento constitucional econômico mercadológico, a igualdade é pré-requisito para atuar com liberdade, utilizando-se de preços justos, sem privilégios. Muito embora, Bastos (2000, p. 31) admita que:

Idealmente falando, a livre concorrência é difícil se ser atingida na sua plenitude. Uma concorrência perfeita significa homogeneidade dos produtos, atômica do mercado mobilidade dos fatores de produção e transparência de preços. Com muita facilidade cada um desses pressupostos pode ser afastado gerando práticas distorcidas. [...] Estamos pois diante do que os economistas chamam ‘uma concorrência imperfeita’. Isto, contudo, não afasta a vigência de uma livre concorrência, visto que o próprio Texto Constitucional cuida de proteger o outro lado desfavorecido por estas práticas qual seja o consumidor.

À luz da interpretação do autor o texto constitucional cuida do lado desfavorecido enquanto consumidor, mas não atenta para a possibilidade dos atos nocivos de concorrência entre as empresas menos favorecidas. Portanto, além da alta carga tributária e da competitividade desleal, proveniente da abertura do mercado para produtos industrializados pela China, pontualmente, o *marketing* verde surge como um novo indicador de desigualdade, pondo por terra o princípio da livre concorrência. É salutar recordar, para avançar, que muitos pensadores depositam na demanda de trabalho, no pagamento de tributos e no compromisso com a natureza o conceito de função social da atividade empresarial. A essas afirmativas já discutiremos e delimitamos neste trabalho o equívoco quanto a este conceito. Mas, indo mais adiante, não estaria aí um implicador de desigualdade da livre concorrência? Uma vez que, como acentua Barbieri Filho (1984, p.119), “concorrência é disputar, em condições de igualdade, cada espaço com objetivos lícitos e compatíveis com as aspirações nacionais. Consiste, no setor econômico, na disputa entre todas as empresas para conseguir maior e melhor espaço no mercado”.

Através da teoria dos sistemas, “que toma como ponto de partida um princípio de diferenciação: o sistema não é meramente uma unidade, mas uma diferença” (LUHMANN, 2011, p.101)²⁸, vimos que o princípio (invenção) da função social (verdade) da atividade empresarial é uma invenção de uma verdade, que oculta um paradoxo (a ilusão funcional, que é posta, leva a crer que existe, mas não se confirma na *práxis*), e que essa ocultação deve possibilitar a diminuição das complexidades, para que cumpra seu sentido sistêmico. Pois bem, observando sob esta teoria, a prática do *marketing* verde, que consiste em condicionar o mercado e os consumidores a consumir produtos com o denominado selo verde, que determinam o comprometimento da empresa com o meio ambiente, seleciona algumas empresas, é uma complexidade oculta do princípio da função social da atividade empresarial e fere nocivamente o princípio da livre concorrência. Vê-se que a partir desta prática é gerado um tipo de monopólio, que segrega ou aparta as empresas, criando dois grupos: aquelas que são amigas da natureza e aquelas que não tem essa consciência ambiental (seja por uma questão de capital, ou de falta de conhecimento técnico ou comunicação empresarial precária). Sendo certo que as empresas que já adotam a postura do *marketing* verde, veem nesta prática mais uma forma de auferir lucro para sua atividade, o que não está errado, pois, não se pode esquecer que a natureza da empresa é gerar lucro sempre.

Pela lógica da sobrevivência mercantil, essa postura empresarial traduz um comprometimento único e exclusivamente com o lucro, e não uma preocupação com o meio ambiente, com as gerações futuras ou com o cumprimento de uma função social, como ilusionalmente se acredita. Na realidade, essa complexidade é mais uma oportunidade de crescimento econômico para a empresa e para os negócios dela. Tudo o mais é consequência.

De Giorgi faz uma leitura das consequências ecológicas na sociedade, que segundo ele, restam incontrolláveis, como um risco (este conceituado como consequência de uma decisão (2014, p. 16)) e prossegue ampliando a discussão:

A percepção das consequências ecológicas, até o momento, representa uma questão com a qual se ocuparam prevalentemente movimentos alternativos, bem como se constituiu objeto de apelos revoltados ao *status* científico e industrial. Deste modo, também com notáveis diferenças de natureza regional, a política procurou se ocupar destes temas e sem outras hipóteses de futuro, com pretensões de orientar em tal sentido que serão retornadas à política, a qual deverá ocupar-se dos cômputos que lhe serão colocados. O tema é de importância global. É um tema que envolve a comunicação política, científica, tecnológica, institucional, econômica.

²⁸ [...] A dificuldade desse preceito teórico reside em poder imaginar a unidade da referida diferença. Para poder ser situado, um sistema (unidade) precisa ser diferenciado. Portanto, trata-se de um paradoxo: O sistema consegue produzir sua própria unidade, na medida em que realiza uma diferença.[...]

Em termos do discurso ecológico, Luhmann nos traz em uma obra específica denominada *Okologische Kommunikation*, “tudo o que se relaciona com os problemas ecológicos se reduz à comunicação e, conseqüentemente, que as análises sociológicas a respeito referem-se somente a estruturas de comunicação” (2011, p. 99), e alerta para a necessidade de se diferenciar o que é dito, escrito ou televisionado do que realmente importa para a sociedade, o que está por traz da informação ou do *marketing*. O autor afirma que, o que é “relevante para a sociedade é compreender por que nossa sociedade se envolve com tanto empenho nesse tipo de comunicação, fomentando-a preferencialmente” (2011, p. 99-100). Para tanto o supracitado autor, recorre a figura do observador e implica a sua importância no processo dizendo que:

Ser observador da sociedade, a partir de dentro, oferece uma melhor posição teórica, comparativamente a postulação de uma *inteligência livre e flutuante*, sugerida por Mannheim; ou, por exemplo, ao ponto de observação indicados por Adam Smith ou Ricardo: observar a sociedade do lado dos capitalistas, esquecendo-se de todo o resto; ou comparando-a com o método de observação freudiano orientado pelos complexos psicológicos. A sociologia deve partir da autocompreensão dos sistemas que acoplam, seletivamente, a auto-observação e a hetero-observação, e se orientam conforme a referencia a estruturas previamente estabelecidas.

Observar toda essa temática aos olhos do pensamento liberal iluminista, todas essas complexidades, principalmente a do *marketing* verde, que reflete uma forma de monopólio oculta, não seriam previstas, uma vez que o sistema de leis utilizadas serve para conter as imprevisões e as incertezas. Sendo as previsões constitucionais econômicas supostamente previsíveis pelo controle de livre iniciativa, livre concorrência e propriedade privada (atividade empresarial), onde esses princípios são dispostos dentro de uma lógica operacional que, supostamente, trazem respostas prontas por estarem sob a égide de leis como o Direito Constitucional, Direito Antitruste, Direito Ambiental, Direito Econômico, entre outros inerentes a temática, que estariam prontos e atentos as possíveis falhas.

Assim, operar em um sistema com respostas prontas para os problemas é a forma legítima de se adequar as imperfeições geradas, na e, pela sociedade que está comumente em mudança, mas pela teoria dos sistemas é possível observar que existe uma relação muito grande entre causalidade e operação que demanda efeitos inúmeros, danosos, impossíveis de se conter e sem respostas. Luhmann, além de apresentar a teoria do sistema operativo, “que consiste, pois, em uma espécie de máquina histórica, na qual todas as mudanças devem partir do estado atual em que se encontram” (LUHMANN, 2011, p. 100), traz também a teoria do

encerramento operativo²⁹ que contempla dois elementos essenciais: o sistema técnico e o sistema aberto ao sentido. Que para Von Foerster é denominado, simultaneamente, de máquinas triviais e não triviais, num sentido cibernético em que a palavra máquina remete a fórmulas matemáticas, cálculos, regras de transformação (LUHMANN, 2011, p.108).

A possibilidade dos problemas operacionais já trazerem suas possíveis respostas, seria o que o Luhmann (2011) chama de sistema técnico. Um sistema previsível, calculável, seguro, em que as falhas podem ser contidas e proporciona também a existência de planejamento, numa tentativa de evitar surpresas. Esse sistema técnico em se tratando do sistema jurídico pode ser representado pelas Leis, que existem para reprimir as falhas comportamentais que surgem nas relações sociais. Para Von Foerster, as máquinas triviais estão dentro de um conceito de *inputs* (contribuição ou entrada de dados) que geram *outputs* (produção ou saída de dados) determinados, sendo artefatos altamente confiáveis e prognósticos. Mas, em se tratando dos sistemas abertos ao sentido, Luhmann expõe a discussão sobre a causalidade e seus efeitos dentro do sistema, em que causalidade³⁰, para a teoria dos sistemas, “é uma relação seletiva estabelecida por um observador; um julgamento que resulta da observação realizada por um observador... É sempre um princípio de seleção que busca definir exatamente os efeitos, uma vez que não existe a segurança natural que eles se realizem” (2011, p. 104). Essa relação de causa³¹ e efeito é ampla e abstrata, embora tenha neutralidade de valores, mas a existência de hierarquia destes culmina na prevalência de uns sobre os outros, diz o autor.

Neste sentido, o sistema técnico é considerado como casualmente fechado, por se limitar ao possível conhecimento dos efeitos e assim conter suas falhas, o que estaria no campo da tecnologia e seus limites. No entanto, a complexidade se faz presente quando se

²⁹ O conceito provém do biólogo chileno Humberto Maturana. Luhmann o incorporou definitivamente à teoria, há não muito tempo. Dez páginas brilhantes sobre o encerramento operativo aplicado ao social estão em: LUHMANN, N. & GIORGI, R. *Teoria de la sociedad*. Guadalajara, 1993, p. 49-58.

³⁰ “ No esquema causal sempre entra em jogo a infinidade das causas, havendo até contabilizações causais que não são naturais, já que decorrem, em primeiro lugar, de apreciações negativas: a porta do automóvel não abre, devendo, então, ser consertada; o carro, conseqüentemente deve ser levado à oficina. Além disso, essas deduções negativas podem ser transferidas para a atribuição causal relacionada com as estruturas sociais: em razão da monetarização do trabalho, a sociedade capitalista constitui a causa que produz os efeitos perniciosos conhecidos por todos nós.

³¹ Portanto, não se trata apenas, no esquema causal, da infinidade natural de causas, mas também da causalidade latente e da causalidade estrutural, sobretudo para aqueles sistemas que podem ter consciência disso. Necessitamos, assim, observar o observador, para saber qual causalidade ele atribuirá, e quais causas e efeitos ele trará à baila.” (LUHMANN, 2011, p. 105)

instala a alta tecnologia, ou tecnologia de risco³², e não se consegue obter as respostas necessárias para os efeitos que surgem, ficando estes fora de controle.

Tudo isso leva a pensar em uma tecnologia que já não é passível de uma realização suficiente em forma de máquinas, mas que necessita de recursos técnicos de outro tipo e, principalmente, de sistemas de regras que uniformizem a atenção e a capacidade humana e social de resposta. Devido exatamente ao crescimento das complexidades causais, ou seja, à quantidade e diversidade de causas e efeitos secundários que se conectam no êxito realmente desejável (LUHMANN, 2011, p. 107-108).

A tecnologia do risco advém da sociedade mundial que é a sociedade que hoje nos é apresentada: a sociedade global, moderna ou complexa. Chamada por De Giorgi como sociedade de risco, numa “correlação de complexidade, contingência e informação” (2006, p. 231). O risco, aqui apresentado, nada mais é que a certeza da incerteza, caracterizada pelos reflexos dos comportamentos, que abandonam a racionalidade e, contudo, a calculabilidade dos efeitos emanados. “Nestas condições de não-saber, aquilo que, realmente, se pode saber é que cada redução ou minimização do risco aumenta o próprio risco” (2006, P. 232).

Em meio a essa sociedade de risco, seria o princípio da função social da atividade empresarial um sistema técnico? Se a resposta fosse sim, se estaria diante de uma causalidade que suportaria seus efeitos e com isso este princípio estaria imune a surpresas e frustrações. Mas, ao se observar suas complexidades, facilmente, deslocamos este dispositivo para o ambiente do sistema abertos ao sentido, pois que ele não responde à certeza da confirmação da segurança de expectativas, visto que o surgimento de uma forma legítima de um monopólio, *marketing* verde, impede outros dispositivos previstos e de mera importância para economia, em especial o da Livre Concorrência.

Todavia, o direito, de acordo com a teoria dos sistemas, se torna um instrumento que gera segurança às expectativas para a produção de confiança social e respeito do futuro (LUHMANN, 2000, 41f), e em sendo assim, ele reconhece no sistema as frustrações advindas das complexidades e contingências e assume o controle para resistir e tratar as frustrações, embora reconheça a existência de desvios demandada pelos comportamentos, de maneira que Luhmann (1999, p. 81) adverte que a segurança de expectativas não é o mesmo que a certeza de confirmação. O autor (2000, p. 27f) diz que a confiança é uma construção artificial, símbolo para tornar operacionalizáveis tanto a complexidade quanto a contingência. Gonçalves expõe a seguinte compreensão de Luhmann:

³² Que Luhmann trata em uma obra específica intitulada de Sociologia del riesgo, Guadalajara, 1993.

Se a confiança é um símbolo artificial que resulta da pressão para estabelecer certeza em relação ao futuro, que, ao ser surpreendida por eventos imprevisíveis, é reforçada, é possível concluir que a confiança jurídica opera em uma lógica paradoxal e circular: frustrações e surpresas demandam confiança que, por sua vez, geram frustrações e surpresas. Neste sentido, o direito é um sistema de controle que é responsável pela absorção e tratamento da frustração (2014, p. 73).

A expectativa também pode ser remetida, dentro da teoria dos sistemas, à análise do tempo e da memória, que para Luhmann “somente no presente se obtém o acoplamento entre o que comumente se designa como memória e o que se define como expectativa, projeção ou sequência (pensando-se na ação)” (2011, p. 114). O autor assegura que através da memória, que é pragmática, é possível se projetar expectativas permeadas por provas de consistências consolidadas em momentos passados, se configurando como uma estrutura subjetiva. De Giorgi complementa dizendo que a memória é “um *modus operandi* que se redetermina continuamente e que, sempre no presente, em cada presente, acompanha as operações do sistema. Um contínuo controle da consistência. (2006, p. 148)”. Dessa forma o direito vai sempre dizendo o que é direito e o que não é direito, pois que, como deslinda o autor, “[...] Deste caráter estrutural do direito, resulta que está sempre adaptado às situações, pois ele inventa a situação à qual se adapta (idem, p. 149)”.

A sociedade moderna apresenta comportamentos diversos, com o aumento das complexidades, que tentam desestruturar a estabilidade advinda pelo direito e este se utiliza destas mesmas complexidades para reestruturá-las no intuito de manter a ordem sistêmica. A complexidade deve ser entendida na relação entre sistema e meio.

Nessa relação entre sistema e meio, a *priori*, surgiu a expressão redução da complexidade³³, que era entendida como generalização, quando “o sistema não tem capacidade de apresentar uma variedade suficiente (*requisite variety: Ashby*) para responder, ponto a ponto, à imensa possibilidade de estímulos provenientes do meio” (2011, p.179). A redução de complexidade, ou generalização, está na relação entre sistema e meio e sistema e ele mesmo, uma expressão que traduz a reação imediata do sistema quando se depara com as irritações enviadas. Assim diz o sistema reage com uma “disposição especial, no sentido, de ignorar, rechaçar, criar indiferenças, enclausurar-se em si mesmo” (*ibidem*). Sob a perspectiva da generalização essa teoria trata a complexidade sob dois sentidos, conforme Luhmann expõe: “a) O sistema desenvolve um modelo de reação igual, frente a dados distintos

³³ Expressão encontrada pela primeira vez em um livro de Jerome Bruner, intitulado de Study of Thinking, Nova York, 1956

provenientes do meio; b) um mesmo estímulo oriundo do meio, o sistema pode reagir diferentemente, dependendo do estado atual em que se encontre (2011, p. 180)”.

Teoricamente, a complexidade foi abordada sob outra ótica, a gradação de níveis, em que “a hipótese da gradação estabelece que as crises estabelecem um estado excepcional do sistema, em que o normal é precisamente o não permitido, o não necessário” (... , p. 180). Nas crises a eventualidade provoca os sistemas a agirem e transformarem-se, em suas estruturas, de acordo com a situação posta.

[...] o conceito de crise (tomado com toda seriedade, e não simplesmente como a manifestação vaga de um jogo verbal do destino permanente da humanidade) adquire a característica de uma forma de gradação do sistema por níveis: uma crise econômica que repara a estabilidade do sistema, ou uma desordem enorme que obriga à criação de uma lei, que estabelece como se adequar.”(2011, p. 180-181)

A ideia de seletividade vem desta teoria da gradação de níveis, em que se admite a possibilidade de se enxergar as complexidades, ou transtornos, separando-as do todo e assim explicar os acontecimentos. A teoria serve para propor a observação, delimitar os transtornos e descrever os acontecimentos para buscar as mudanças. A seletividade ganhou corpo na teoria da complexidade quando foi entendida pela forma de acoplamento amplo, e não mais puramente estrito, em que para se tratar uma irritação, em um determinado sistema, não precisa mexer com toda estrutura dele. A improbabilidade do acoplamento estrito cede entendimento para um acoplamento amplo que consegue favorecer a estabilidade desejada para o andamento sistêmico. Luhmann (2005, p, 14) ainda diz que “*se puede caracterizar un sistema como complejo cuando es tan grande, es decir, cuando incluye tantos elementos, que ya no puede ser combinado cada elemento con cada uno de los otros, sino que las relaciones deben producirsen selectivamente*”³⁴.

Falar sobre complexidades dentro do sistema e seus subsistemas pressupõe tomada de decisões, uma vez que se trata de uma relação comunicacional entre o sistema e o meio, ou os ambientes internos e externos sociais que estão a todo momento enviando informações, em busca de respostas (*input*) para os processos políticos e autoridades públicas, que acolhem essas informações e num processo de filtro enviam as respostas (*output*) para o sistema político (legislativo, executivo e judiciário) que emitirão, através de comandos normativos,

³⁴ Tradução livre: Se pode caracterizar um sistema como complexo, uma vez que é tão grande, isto é, quando se inclui diversos elementos que já não podem ser combinados com cada item entre si , mas as relações devem produzir-se seletivamente.(LUHMANN, 2005, p. 14)

um feedback ao meio. Assim, como assegurado por Kunzler, “o sistema político reduz a complexidade do ambiente, ou seja, mantém uma ordem na sociedade, uma vez que suas decisões são obedecidas por todos (2004, p. 133)”. O poder³⁵ é o símbolo que vai garantir uma maior aceitação das respostas advindas do sistema político, como assegura a autora. Foi aí que Herbert Simon, através da teoria da decisão, abordou a complexidade como uma construção limitada de racionalidade que questiona a possibilidade de reconhecer as complexidades em um sistema e mesmo assim continuar operando com o planejamento de uma organização.

A teoria da racionalidade limitada surgiu da experiência negativa legada pela construção do pensamento econômico, que partiu do pressuposto, totalmente fictício, de concorrência em um mercado perfeito. O mercado – pensava-se – é que estabelece os preços e, nesse sentido, deixa pouca margem de operação ao investidor. A construção da racionalidade limitada foi mais além, ao entender que a organização não dependia da decisão de um só homem, mas do jogo de regras entre contradições de mercado (macroeconomia) e condições inerentes à organização (microeconomia) (LUHMANN, 2011, p. 183).

Apesar de todas essas possibilidades de conceituação e de entendimento teórico sobre complexidade ainda existe um vazio, tendo em vista a análise da complexidade no século XXI. Muito se questiona se a palavra complexidade ainda deveria ser usada nas discursões operacionais, mas não há como negar a sua existência, embora se cogite a possibilidade de se alterá-la semanticamente ao menos. Embora Luhmann entenda “que a maneira mais acessível de entender a complexidade é pensar, primeiramente no número das possíveis relações, dos possíveis acontecimentos e dos possíveis processos” (2011, p. 184). Assim o autor acentua a importância de selecionar as possibilidades quando se busca uma ordem, no momento que o sistema procura sempre “fazer uma seleção da relação entre seus elementos” (*ibidem*). O autor ainda diz “*La selectividad y (dado el caso) la temporalización, pretenden, por consiguiente, condiciones de forma según las cuales pueden los sistemas complejos constituir y calificar elementos*”³⁶ (2005, p. 16). Estando, relação e elemento, intrinsecamente ligados a complexidade e se justificando através da comunicação habitual. A comunicação assume seu papel no processo seletivo e não se encontrando outra possibilidade de se operar de outra

³⁵ Kunzler alerta que cabe salientar que nem todas as comunicações do sistema político baseiam-se no poder, os debates acerca de um projeto de lei no parlamento, por exemplo são comunicações que não envolvem esse meio de comunicação simbolicamente generalizado. A eventual emenda a algum projeto de lei não configura em uma decisão coletivamente vinculante, prescindindo da aceitação do ambiente, sendo portanto, desnecessário o uso do poder (2004, p. 134)

³⁶ Tradução livre: A Seletividade e (opcionalmente) a temporalização, se destinam, portanto, tais condições em que eles podem ser sistemas complexos para constituir e qualificar elementos

maneira na sociedade moderna ou complexa, sendo ela a responsável por todo processo sistêmico social, na emissão de informações e no retorno, a todo instante, visando sempre o alcance da ordem, da calculabilidade e até a racionalidade. Luhmann diz que “a discussão sobre a complexidade leva diretamente à questão da representação de como é possível a ordem, o cálculo e a racionalidade, sob condições extremas de contingências (que são reais) introduzidas precisamente pela complexidade” (2011, p. 192). Essa racionalidade, que vem como condição de legitimidade da complexidade é considerada não como a racionalidade ontológica do mundo, mas como uma racionalidade sistêmica que é capaz de ordenar as irritações provenientes do meio, quando selecionadas as complexidades. Luhmann descreve que a racionalidade sistêmica é a exposição à realidade, “colocando-lhe à prova uma distinção: entre sistema e meio” (2011, p. 200)

De Giorgi expõe que a racionalidade, que hoje se encontra no sistema social moderno, como uma racionalidade burguesa de desagregação, que mantém o processo de exclusão, rompendo com a racionalidade da razão iluminista até então estabelecida, “esta racionalidade não é um modelo, nem uma ideia, mas é, acima de tudo, a capacidade do sistema social de manter coesa sua estrutura intimamente desagregada (2006, p.16)”. O que vai aumentar a existência de complexidade no sistema social é justamente a presença dessa desagregação real, diz o autor, dificultando a organização na coexistência das estruturas diferenciadas. E essa coexistência só vai ser possível dentro de uma coesão formal de um sistema de abstração, que o autor chama de formas de dominação, capaz de gerenciar a coexistência de igualdades indiferentes, ocultando a “racionalidade objetiva das relações sociais de produção, que é a estrutura da desigualdade” (idem ,p. 17), e nessa linha de raciocínio que a sociedade burguesa controla a complexidade, mantendo a desagregação.

Por esta razão, a sociedade burguesa estrutura um sistema que opera a coesão igualando a diversidade na abstração. Trata-se de um sistema de abstrações e de formas que possuem a seguinte propriedade: uma vez ocultada a *racionalidade objetiva das relações sociais de produção* das quais nascem, estas abstrações não se apresentam mais como determinações formais de relações produzidas, desde já, abstratas e independentes, objetivas e separadas, mas como seleções normativas operadas no universo do possível e, portanto, como escolhas através das quais se estrutura um sistema formal autônomo que produz a coesão dos sistemas desagregados da sociedade burguesa (DE GIORGI, p. 17)

A ideia de complexidade proveniente do princípio da função social da atividade empresarial se justifica e se trata dentro de uma necessidade operativa do sistema. Embora seu conceito seja vago, ele, o princípio abordado, se consolida e é denominado direito pelo direito

para manter a ordem sistêmica, assim como as complexidades geradas, até porque, em uma escala seletiva, a complexidade do *marketing* verde é positivamente mais operante que a igualdade contida como essencial na livre concorrência, uma vez que como citado anteriormente por Luhmann, a sociedade está mais preocupada com as necessidades ecológicas e a comunicação emitida por estas, do que com o paradoxo oculto entre livre concorrência/monopólio.

Considerando a racionalidade sistêmica, fruto da sociedade burguesa, a desigualdade observada nada mais é do que um reflexo da complexidade do *marketing* verde, se justificando a existência e a falta de percepção lógico formal. A complexidade na visão liberal iluminista seria um problema, uma fatalidade, mas Luhmann (2005, p. 22-23) assegura que, pela lógica da teoria dos sistemas,

en lugar de tratar la complejidad sólo como resistencia, sólo como transparencia insuficiente y como obstáculo del decidir racional, ella es, según esta concepción, la condición para que puedan aparecer los sucesos como decisiones selectivas y para que puedan ser utilizadas como elementos para construcciones de sistema.³⁷

Assim o sistema consegue continuar operando, uma vez que as decisões vão servir para construir sistema, se constituindo nos sistemas de organização como a relação entre as decisões, pois é uma complexidade oculta como forma de um sistema de abstração, conforme explicitado por de Giorgi. Essa desigualdade vai legitimar a ausência de igualdade, antes necessária para fundamentar a liberdade e igualdade (razão iluminista) da estrutura empresarial, para favorecer a operação do sistema e, portanto, se autoexplicando. A complexidade do *marketing* verde, advinda do princípio da função social da atividade empresarial, legitima o monopólio presente no princípio econômico da livre concorrência, paradoxalmente, quando ocultada pela seletividade e observada pela lógica da racionalidade da sociedade moderna que traz a desagregação, portanto a desigualdade e trata a coexistência da igualdade indiferente como forma de conter as irritações. Nas palavras de Pannarale:

Não é impossível, no entanto, que em algumas situações, o conflito entre direitos e sua incompatibilidade possa ser real, como é o caso – por exemplo – em especial em referência aos chamados ‘casos difíceis’ (*hard cases o*

³⁷ Tradução livre: em vez de lidar com a complexidade apenas como resistência, transparência, assim como insuficiente e um obstáculo de decisão racional, é, de acordo com este ponto de vista, uma condição que pode aparecer acontecimentos e decisões como seletivos que podem ser utilizados como elementos para construção sistema .

trigical choices). Este é um problema já conhecido para a ciência e à teoria do direito: a dificuldade reside no fato de que a decisão implica sempre a afirmação de uma coisa e a negação de qualquer outra coisa, apesar de que, muitas vezes, está longe de ser evidente em que lado está a razão e em que lado, o errado (2014, p. 38)

É possível, assim, entender o princípio da livre concorrência como princípio autoexplicativo o que significa dizer, em outras palavras, que ERKELUNGSPRINZIP, surge como uma invenção ou construção de uma livre concorrência que parte de si para chegar a si própria. A auto explicação é a não explicação da explicação que proporciona a expansão do processo de interpretação acerca do seu alcance, ou seja, a tradução do seu sentido que não tem sentido, pelo menos não o sentido que ele (a livre concorrência) informa, mas sim o sentido que ele oculta que é a ausência de sentido para contemplar os interesses políticos econômicos por meio de sua legitimação.

4 - A FUNÇÃO DAS FORMAS JURÍDICAS: SISTEMA E PODER

Por função entende-se a arte de organizar algo para seu fiel cumprimento dentro de uma perspectiva de concretude. Atrelando esta arte ao mundo jurídico, revelado nas suas formas jurídicas, é possível projetar um estudo de como o direito se estabelece na sociedade e se cumpre seu objetivo de maneira satisfatória. Para tanto, é preciso entender como se apresenta esse direito no meio social, como ele se relaciona e como se impõe, fazendo uma leitura do que se traduz hoje no sistema.

Reale nos afirma que “aos olhos do homem o Direito é lei e ordem, isto é, um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros” (1991, p. 1). Em sendo essas regras obrigatórias, postas às relações sociais, o direito se coloca à disposição daqueles que precisem resolver suas querelas e suas necessidades. O direito compõe a ideia de uma estrutura social organizada e estabelecida para funcionar conforme o que é dito como lícito, seria também, ainda na linha de raciocínio do autor um fato ou fenômeno social, portanto só existente em meio à sociedade, fora dela seria impossível sua existência, tendo em vista que são nas relações entre os homens que vão torná-lo operacional ou útil.

Conceber o direito numa forma de multiplicidade e unidade, nos diz Reale, é, antes de tudo tê-lo como fato social e histórico, em que “o Direito se apresenta sob múltiplas formas, em função de múltiplos campos de interesse, o que se reflete em distintas e renovadas estruturas normativas” (idem, p. 3). E como fato social e histórico, diz-se que o direito sempre esteve presente, desde as primeiras relações entre os homens, da maneira mais primitiva, mais desprovida de técnicas. Afinal Direito, para muitos, inclusive para o autor supracitado, é uma ciência jurídica, por se reconhecer o uso de uma linguagem própria do Direito e ser necessário compreendê-la para adentrar em seu universo e compreendê-la como se apresenta sem distorções de significados. Fundamentando o autor quando diz que “fazendo abstração do problema da relação entre ciência e linguagem, preferimos dizer que onde quer que exista uma ciência, existe uma linguagem correspondente” (idem, p. 8). Logo, o direito está ordenado entre duas formatações, *a priori*, a de regras obrigatórias, postas, tido como direito positivo, e a de textos de doutrinas, responsáveis em elucidar o real entendimento das regras ou leis postas, estando ambos na ambiguidade do termo “direito”. Segundo a observação de Carvalho,

Ambos são textos jurídicos e diante deles a distinção nos salta os olhos. Sem maiores problemas podemos reconhecer a existência de duas realidades: uma envolvendo os textos da doutrina e outra formada pelos textos legislativos: Ciência do Direito ali e direito positivo aqui. Com este exemplo, fica fácil compreender que o estudo do direito comporta dois campos de observação e, por isso, se instaura a confusão, que é reforçada pela ambiguidade do termo “direito”, empregado para denotar tanto uma quanto a outra realidade (2013, p. 95).

Para Kelsen essa distinção fica delimitada entre os termos proposição jurídica, quando se refere à ciência jurídica³⁸, norma jurídica, quando se trata do direito positivo (1998, p. 63). Assim o autor delimita que “a ciência jurídica tem por missão conhecer – de fora por assim dizer – o Direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento” (idem, p. 81). O conhecimento se posiciona a partir de então entre a ciência jurídica e o direito como ponto essencial e Kelsen, através do conceito de conhecimento estabelecido por Kant, diz que:

No sentido da teoria do conhecimento de Kant, a ciência jurídica como conhecimento do Direito, assim como todo conhecimento, tem caráter constitutivo e, por conseguinte, “produz” o seu objeto na medida em que o apreender como um todo com sentido. Assim como o caos das sensações só através do conhecimento ordenador da ciência se transforma em cosmos, isto é, em natureza como um sistema unitário, assim também a pluralidade das normas jurídicas gerais e individuais postas pelos órgãos jurídicos, isto é, o material dado à ciência do Direito, só através do conhecimento da ciência jurídica se transforma num sistema unitário isento de contradições, ou seja, numa ordem jurídica (1998, p. 81-82)

Sendo essa confusão linguística comum e frequente no meio acadêmico, embora muitos outros pensadores refutem a ideia de uma ciência do direito, por acreditar que a ciência assim como o saber e o conhecimento, a luz da “tradição linguístico-comunicativa que tem determinado aquilo que é científico – leia-se o pensamento moderno, liberal e iluminista - ao contrário do que é prolatado, não edificou seus princípios pelas ideias analíticas de origem ou fundamento do objeto, mas sim pela ideia da verdade” (SILVA, 2014, p. 77), assim a ciência, hoje apresentada, seria apenas o objeto de uma verdade desejada e não comprovadamente real, e não “livres criações da mente” como afirma Einstein (DE GIORGI, 2006, p. 195). Atesta-se assim, que os pensamentos são frutos formatados de ideias preestabelecidas, já se encontrando um modelo formulado, sendo categorias de ideias, que se

³⁸ Kelsen afirma, na sua obra *Teoria Pura do Direito*, que o objeto da ciência jurídica é o Direito, assim sendo as normas jurídicas, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência. A ciência jurídica procura apreender o seu objeto “juridicamente”, isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica. (1998, p. 79)

repetem, em vez de uma cognição aberta e desprovida de molduras, o que de certa forma limita a capacidade plena da ciência. Sobreira Filho nos diz que o que falta responder é “o que o direito busca justificar” (2009, p. 47) quando discorre sobre o discurso da justificação, e acrescenta que:

Se a resposta consistir em afirmar que o direito visa justificar apenas a própria decisão, ela leva a um paradoxo – ao menos para os juristas não vinculados às teses do realismo jurídico e que veem a decisão como silogismo – pelo qual o direito incumbiria justificar o que já está decidido. E ainda que o direito parcialmente faça isso – justifique o já determinado (o que não constitui exatamente uma visão otimista do direito, ao menos para os que nele tem crença em demasia) – é preciso que se diga que ele justifica o poder, que assim se torna legítimo e, portanto, justifica a dominação. (p. 47)

Entende-se assim, que o direito se comporta como um mero instrumento do poder para legitimá-lo e assegurar suas verdades. Em que a verdade desejada é obtida através de um conhecimento perseguido, e não resultado de um conhecimento desprovido. Nisso a teoria do conhecimento de Kant é confrontada pela ideia de Nietzsche, exposta por Foucault, de que o homem, até então posicionado, pelos filósofos, no centro de todo conhecimento, enquanto sujeito, passa a fazer parte da história, se constituindo no interior da história e “que é a cada instante fundado e refundado pela história”(2002, p.10), em que “encontramos efetivamente um tipo de discurso em que se faz a análise histórica da própria formação do sujeito, a análise histórica do nascimento de um certo tipo de saber, sem nunca admitir a preexistência de um sujeito de conhecimento” (2002, p. 13). Foucault segue com os pensamentos de Nietzsche, sobre o conhecimento, e pontua que a existência do conhecimento foi a partir de uma invenção e não de uma origem. Enquanto, em meados de 1873, diz o autor, o discurso Kantismo diz sustentar a ideia de que o tempo e o espaço podem preexistir ao conhecimento, Nietzsche afirma que “o conhecimento foi inventado por um astro em um determinado momento” (2002, p 14) alegando ter sido o momento da maior mentira, sendo a invenção, para o filósofo, uma ruptura capaz de estabelecer um novo começo, alegando que tanto a poesia, quanto a religião foram inventadas por obscuras relações de poder (idem, p. 15). Nesse deslinde, o conhecimento é o fruto das batalhas das relações de poder, está presente e surge na ocasião que se trava uma luta ou uma guerra, estando em torno de um espírito belicoso, sempre. É o resultado da luta dos instintos que faz surgir o conhecimento, portanto o conhecimento não é um instinto é o resultado destes, “não faz parte da natureza humana”(idem, p.17).

Para Kant “as condições de experiência e do objeto de experiência eram idênticas” (idem, p.17), mas Nietzsche contradiz e afirma que o conhecimento está entre o mundo e a natureza humana (idem, p.18), na história que liga esta relação. Enquanto Spinoza admite que o conhecimento nasce da apaziguação de sentimentos como rir, deplorar e odiar, Nietzsche faz uma leitura inversa, em que são justamente desses sentimentos, da rivalidade, do jogo travado desses, que se pode chegar a compreender, diz ainda que o objeto tem que se manter distante e haver ruptura com ele, por “maldade radical do conhecimento”, fazendo parte das más relações (idem, p. 20-21).

Assim, a filosofia Ocidental, segundo Foucault, “sempre caracterizou o conhecimento pelo logocentrismo, pela semelhança, pela adequação, pela beatitude pela unidade”(idem, p.22), conforme Platão e Descartes. Nietzsche rebate esse pensamento com o argumento de que está presente “na raiz do conhecimento algo como o ódio, a luta, a relação de poder” (idem, p.22), assegurando que o conhecimento não tem afinidade com o mundo a conhecer, antes tem uma antipatia. Com isso o filósofo aproxima o conhecimento da estratégia, do poder, da política e distancia da bondade, da beleza e da pureza.

Ora, se quisermos saber o que é o conhecimento, não é preciso nos aproximarmos da forma da vida, de existência, de ascetismo, própria ao filósofo . Se quisermos realmente conhecer o conhecimento, saber o que ele é, aprendê-lo em sua raiz, em sua fabricação, devemos nos aproximar, não dos filósofos mas dos políticos, devemos compreender quais são as relações de luta e poder – na maneira como as coisas entre si, os homens entre si se odeiam, lutam, procuram dominar uns aos outros, querem exercer, uns sobre os outros relações de poder – que compreendemos em que consiste o conhecimento (FOUCAULT, 2002, p. 23)

Abre-se então uma leitura da história política do conhecimento e é nessa história que pontuamos, conforme o autor, a existência de uma política da verdade. Originalmente o conhecimento não está no sujeito, mas parte dele, de uma necessidade de invenção. Logo, essa invenção é tomada como verdade, quando legitimada. Assim, a verdade em uma relação com o homem é subjetiva e reflete infinitas formas de saber que vão irradiar suas convicções para as práticas jurídicas na sociedade. Para Foucault, as práticas judiciárias estão relacionadas com:

a maneira pela qual, entre os homens, se arbitram os danos e as responsabilidades, o modo pelo qual, na história do Ocidente, se concebeu e se definiu a maneira como os homens podiam ser julgados em função dos erros que haviam cometido, a maneira como se impôs a determinados indivíduos a reparação de algumas de suas ações e a punição de outras, todas

essas regras ou, se quiserem, todas essas práticas regulares, é claro, mas também modificadas sem cessar através da história (2002 p.11).

Estando as práticas sociais e as jurídicas, ou judiciais, entre as mais importantes, para um estudo das formas jurídicas implantadas na sociedade. Para o autor, que faz uma análise minuciosa da evolução das formas jurídicas na sociedade ocidental, a origem de um determinado número de formas de verdade surgiu do direito penal (2002, p.12) e se expandiu para todas as relações sociais. Nesse sentido, Foucault, compreende a estrutura das formas jurídicas ocidentais, como uma construção ao longo da história da verdade³⁹ traçada pela humanidade, e de que “maneira relações políticas se estabeleceram e se investiram profundamente na nossa cultura dando lugar a uma série de fenômenos que não podem ser explicados a não ser que os relacionemos não às estruturas econômicas, às relações econômicas de produção, mas a relações políticas que investem toda a trama de nossa existência” (2002, p. 30-31). Assim poder e saber estão diretamente relacionados, e esse poder é o poder político, uma vez que, este sempre detém um saber. Apesar de Platão criar o mito da antinomia entre saber e poder e Nietzsche vir com o propósito de liquidar esse mito afirmando que o poder político não está ausente do saber, ele é tramado com o saber (idem, p. 51).

Instrumentos como símbolos, juramentos, testemunhos, inquérito, provas (sociais, verbais e corporais/físicas), sentença, vão percorrer a história da humanidade, compondo uma história da verdade, trafegando primeiro entre indivíduos por fim desaguando no poder político do Estado, quando o Estado se vê ferido pelas práticas ilícitas dos indivíduos entre si. A partir daí há a invenção de novas formas de justiça e estas vão direcionar as condutas das relações sociais como a submissão dos litígios, que antes eram inter-individual, ao poder político e o judiciário, surgindo um único poder, o procurador (representante do soberano/rei), a infração (reconhecimento da ofensa do indivíduo para com Estado), os mecanismos das multas (grande mecanismos das confiscações, que eram meio de enriquecimento) (2002, p. 65-67). Mas é o inquérito, extra-judiciário, como uma forma de estender o flagrante delito no tempo, que vai ser a forma adotada pela história do Ocidente, dentre estas novas formas jurídicas, elencadas por Foucault. Assim, o inquérito, tanto na forma administrativa estatal e religiosa, vem delinear todos os encaixes provenientes na sociedade sendo explicado como

³⁹ Foucault pretende, em suas conferências, que resultaram em seu livro *A verdade e as formas jurídicas*, mostrar de fato que as condições políticas, econômicas de existência não são um véu, um obstáculo para o sujeito de conhecimento, mas aquilo através do que se formam os sujeitos de conhecimento e, por conseguinte, as relações de verdade. Só pode haver certos tipos de sujeito de conhecimento, certas ordens de verdade, certos domínios de saber a partir de condições políticas que são o solo em que se formam o sujeito, os domínios de saber e as relações com a verdade. Só se desembaraçando destes grandes temas do sujeito de conhecimento, ao mesmo tempo originário e absoluto, utilizando eventualmente o modelo nietzschiano poderemos fazer uma história da verdade. (2002, p. 27)

uma maneira do poder se exercer (2002, p. 73). Conceitualmente o autor define da seguinte maneira essa forma:

O inquérito é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir. O inquérito é uma forma de saber-poder. É a análise dessas formas que nos deve conduzir à análise mais estrita das relações entre conflitos de conhecimento e as determinações econômico-políticas (2002, p. 78)

As formas jurídicas que vão ser impregnadas na sociedade moderna, constituídas do discurso de verdade, para responder às questões da economia, ecologia e tecnologia, não são precisamente formas puras, mas revestidas do poder-saber político, atendendo a um jogo de estratégias capaz minimizar os problemas. No entanto, as decisões, advindas destas formas, não veem demonstrando sua capacidade de resolver os problemas, e sim, aumentá-los cada vez mais, se instituindo mais problemas a cada decisão de um problema numa velocidade nunca antes vista.

Partindo da premissa da existência de um saber-poder, é possível compreender que o pensamento filosófico dos valores foi esgotado nos dias de hoje, e se formos fazer uma análise da forma do Estado, veremos que de totalitário, passou a ser propriedade de alguns que se apoderaram do discurso do Estado Democrático de Direito, para impor suas verdades e dizerem o que é a economia e o que é jurídico. Um grupo de sujeitos políticos se apropriaram do Estado e a vítima agora é o próprio Estado. O Estado está nas mãos de alguns que detém o poder e não de um povo enquanto uma esfera pública, como nos convida a pensar o pensamento moderno liberal iluminista, de que vivemos numa democracia em que o povo é o detentor do poder. No pensamento Luhmaniano, o que existe é uma produção comunicativa em busca do poder político, porque é através do apoderamento da democracia que se detém os outros poderes, isso é uma produção comunicativa do sistema político, tido como “um sistema legítimo que mantém ou modifica a ordem numa sociedade, e cujo padrão permanente de relações humanas implica, de maneira significativa, em influência, governo e autoridade” (ALMOND; COLEMAN, 1969, p. 17). Acerca do conhecimento Luhmann expõe que este está como consequência das ações, factualmente, “la facticidad de la acción precede a todo conocimiento”⁴⁰ (2005, p.104). O sistema jurídico para Luhmann, conforme exposto por Belo,

⁴⁰ Tradução livre: A factualidade da ação precede todos os conhecimentos

É um subsistema do sistema social geral (a sociedade) e, quando se refere à sociedade, reporta-se igualmente ao ambiente social como a si mesmo. Os subsistemas sociais (direito, política e economia, por exemplo) desempenham funções específicas. Dão sentido e semânticas particulares à estrutura social. Permitem analisar as estruturas como funções e demonstrar as relações recíprocas. Os subsistemas têm, pois, as suas próprias comunicações: dessa forma, um contrato, no âmbito do subsistema económico, realiza diferenciações apoiadas nos preços; por outro norte, na esfera do subsistema jurídico, ver-se-á se o previsto é válido ou não válido. Neste último, a comunicação é jurídica, e naquele a comunicação é económica. O que remete ao sistema *autopoietico*, o qual é tido como uma rede de produção de componentes e estruturas. Cada um opera de forma autorreferencial, implicando em auto-organização e retroalimentação constantes. (2012, p. 100)

Para a teoria dos sistemas é bem claro essa colocação, pois que a comunicação vai ser o personagem principal no sistema social, e é através dela que poderá ocorrer um processo sistêmico. O problema, então, é a produção comunicativa e como ela vai ser definida, baseada em que verdades, e não a configuração de valores e princípios. Ela, a comunicação, realiza o que vai ser democracia, construindo consensos, que não são construídos com base em valores, e sim são construídos por interesses individuais que suplantam as instituições. As instituições são repositórias de reprodução de confiança, responsáveis pelas demandas do povo, e não baseadas em valores e justiça. Os substitutos da reprodução da confiança é o interesse individual. Assim, o homem, por si, não oferta confiança, equilíbrio. As instituições sim, ou pelo menos devem, mas quando ela é requisitada. Esse processo se configura no momento que são enviadas mensagens (*inputs*) às autoridades políticas para obterem respostas (*outputs*). Os *outputs* serão aqueles produzidos diante do saber-poder do sistema político, com forma jurídica determinada e legítima, produzida por esse mesmo sistema.

A teoria da comunicação diz que as pessoas se aproximam pela comunicação (Luhman e Foerster), não constrói compreensão e entendimento e sim sentido, tem a ver com um sentido comunicativo. As expressões trazem sentido para o que eu quero construir na vida das pessoas.

A comunicação surge, portanto, como a operadora central dos sistemas sociais na teoria sistêmica de Niklas Luhmann, constituindo sua *autopoiesis*. Em outros termos quem determina qual é a operação determinante dos sistemas parciais é a respectiva comunicação. Cada sistema social especializa-se mediante as soluções comunicativas, contribuindo para a solução de problemas pontuais da sociedade. Os subsistemas observam-se a si e aos outros, dirigindo as suas operações no intuito de enfrentar a complexidade social pela respectiva comunicação. (BELO, 2012, p. 101)

As expressões são importantes por ter que se compreender os sentidos das palavras para aquilo que cada um quer construir. O sentido vai além do discurso, só para buscar aquilo

que importa. A sociedade existe só por causa da comunicação, por isso o homem não está na sociedade. O que constrói a sociedade é a comunicação, mesmo não havendo uma compreensão ou atendendo a uma expectativa como coloca Luhmann:

Una teoría de los sistemas autorreferenciales debería, efectivamente, mantenerse atenta a la posibilidad de conexión de acciones de consenso y de disenso. La implicación universal de la comunicación significativa es solamente que cualquiera sea su sentido, este apunta siempre a la convivencia con los demás. Y no que esto deba implicar la expectativa o el establecimiento de una comprensión.⁴¹ (2005, p. 129)

Luhmann não está falando do que é certo ou errado, mas no que tem um sentido. Não é o que está certo ou errado, é só um sentido. O capitalismo tem um sentido comunicativo, não quer dizer que esteja certo ou errado. Os valores e os princípios aparecem depois da comunicação, e não antes, essas palavras construíram novas realidades comunicativas e, portanto, novas realidades sociológicas. Importante ressaltar que é por isso que o pensamento iluminista está esgotado, é como um manto normativo e a teoria dos sistemas refuta todos eles, como dito por de Giorgi(2006, p. 17),

a teoria dos sistemas rejeita o pensamento da ‘velha Europa’. Os conceitos forjados para descrever a modernidade – liberdade, igualdade e bem comum; homem, subjetividade e razão; progresso, ação e causalidade, por exemplo – tomados pelo Iluminismo como fundamentos ontológicos da sociedade, não permitem uma descrição consistente e adequada da ‘modernidade da sociedade moderna.

No mundo do saber e do não saber, não se sabe por que se deu certo ou errado. “O saber é saber e não saber que se autodetermina, determina seus confins na invenção contínua de horizontes de possibilidades que são sempre atualizáveis” (SILVA I, 2014, p. 79). A expedição de normas pelo Estado não está na cognitividade e ética do Legislador, mas sim este está a serviço de um Poder Econômico que tem seus interesses inequívocos. O Estado foi dominado pelos interesses na Economia no sistema capitalista, e o Poder Econômico utiliza (financia) o Legislador para este materializar (via norma jurídica) os seus interesses. Está em pauta o que Belo (2012, p.48) chama de “autoridade política”, que:

é pois, apenas uma forma de influência – dentre outras; porém é a mais importante, e aparece, além disso, como apanágio exclusivo dos que governam. Estes podem compartilhar a persuasão com muitos outros

⁴¹Tradução Livre: A teoria dos sistemas auto-referenciais deve, efetivamente, manter-se alerta para a possibilidade de ligar ações de consenso e de dissenso. O envolvimento universal de comunicação significativa só é que qualquer que seja o seu significado, ele sempre aponta para convivência de uns com os outros. Não que isso deve envolver o estabelecimento de expectativa ou uma compreensão. (2005 p. 129)

protagonistas políticos e podem exercer ou sofrer as mais diversas formas de influência; mas são os únicos a colocar a autoridade em funcionamento e, em princípio, não obedecem a ninguém.

O direito não tem finalidade e sim função, não se precisa atingir um objetivo, apenas dá sentido a ele, com a construção comunicativa. O homem faz parte do entorno do sistema social (Estado, Direito e Sociedade), não estando dentro. O Direito é um subsistema do sistema social para organizar uma linguagem entre o indivíduo e outro para ser organizado dentro do sistema social. Essa linguagem é institucionalizada para adentrar no sistema como direito com a função de organizar a complexidade de sociedade moderna. O direito funciona entre o Estado e a sociedade como instrumento de comunicação. A norma se torna um mero detalhe e o que é direito se sustenta por ocultação de paradoxos. O modelo de Kelsen é um modelo de Estado formal, que não mais é admitido pela sociedade moderna, por não conseguir mais se manter. O problema reside no problema das ciências sociais, o direito dentro dela, que é não conseguir resolver os problemas das relações sociais. A preocupação de Kelsen era a forma e não a matéria do Direito, e só o sistema da norma. Estamos discutindo os mesmos problemas de sempre (violência, por exemplo) e não conseguimos mais explicar e resolver. Os conflitos a todo tempo se levantam e não estão mais contidos. A sociedade constrói verdades, mas precisa normatizar estas verdades. Essa produção de verdades se dá numa velocidade assustadora e a norma não consegue atingir. Porque o direito é construído para o futuro, e a sociedade vem com suas verdades instantâneas, que rapidamente caem.

De Giorgi, citando a três histórias (*Os flashes da morte*, *a cegueira* e *a Lucidez*) de José Saramago para explicar, que:

o poder reage ao paradoxo introduzindo uma distinção e determinando uma contradição. Inventou-se um inimigo. Um inimigo que não existe realmente, mas a invenção funciona, pois traduz uma realidade que o direito usa como a sua realidade. O poder e o direito constroem o que eles usam como uma realidade e permite-lhes operar (2014, p. 86-87)

A verdade constrói as formas jurídicas, do direito, da sociologia... e se torna metodologia de construção do direito. O que importa é saber como o homem constrói a inteligência, através de uma verdade. Todos os sistemas sociais produzem verdades, mas não é suficiente para construir sociedade, é preciso regulamentar para criar força vinculativa entre a verdade pretendida e os que devem legitimar esta verdade. As verdades linguísticas precisam ser regulamentadas, seja por qual instrumento for. Cada um quer ver sua verdade regulamentada, indo ao judiciário para que venha a decisão judicial, o que configuraria uma

crise da razão, pois todos têm a sua verdade e querem que seja regulamentada. Mas a construção da verdade pela linguagem constrói também uma realidade. Se não se tiver uma linguagem não se poderá construir sua verdade que é seu mundo. Esta linguagem é construída por equivalência ou por oposição. Se esta linguagem cria uma verdade se traduz num valor. Portanto, valor é verdade que traduz uma lógica que é um conceito que vem de outro conceito, configurando um problema estrutural. A verdade solidificada vai ser daquele que tiver a melhor linguagem, que a torne normativa, que vai persuadir o legislador ou juiz, em sua decisão, é um método que vai construir a linguagem e os valores, é o produto da linguagem (a linguagem da linguagem).

A persuasão é o encanto das palavras. O normativismo que é uma linguagem, encantou por muitos anos (pelo poder). O funcionalismo encantou como técnica de entender os problemas sociológicos. Na atual sociedade o que encanta são os princípios revestidos de seus valores, sendo verdade por ser lógico e ter sentido. Pois se constrói inteligência com verdades e a civilidade torna-se um produto da dominação, que sem a linguagem não ocorre, mas é ocultada e aparece como liberdade, porque encanta. Entre o direito e a sociedade está a comunicação como elemento essencial e central, mesmo sendo improvável “o sistema está estruturalmente pronto para receber aquilo que espera como provável” (KUNZLER, 2004, p 131).

A comunicação é autopoietica porque sempre esta se reproduzindo, sendo sempre a mesma. Só muda a forma. Não quer dizer que se está dentro de algo novo. O homem não está na sociedade, ele se caracteriza como ambiente da sociedade onde a comunicação dá o sentido, construindo um modelo de sociedade, de civilidade. Ele tem um grande papel por ele ser o único a poder produzir comunicação e criar civilidade.

É possível observar que se abre um leque para se reconstruir a teoria do conhecimento. Quantas palavras existem para construir o conhecimento? Inventando a linguagem, se inventa conhecimento. Tem que se inventar palavras e descrever estas para ser original, como novas verdades, porque a linguagem se renova. Por isso o normativismo é a expressão de esgotamento racional, não ofertando mais nenhum contributo para as relações sociais, porque não tem capacidade de expansão, é limitado.

A sociedade não consegue mais dizer o que é o Direito, mas apenas solicitar o Direito, reclamar o Direito e nesse contexto as complexidades estão se multiplicando estabelecendo uma sociedade de risco. Casuísmo presente na sociedade preocupa porque não constrói futuro. Assim de Giorgi (2014, p.24) afirma que “a sociologia tem se ocupado, até o momento,

prevalentemente dos aspectos limitados dos novos movimentos que se formam na sociedade, seguida do crescimento da percepção do risco⁴².

O sistema encontrou na expressão função social da empresa uma alternativa para construir direito. Porém o sistema não poderia utilizar a expressão função social da empresa como regra, ele só poderia trazê-la como princípio, porque como regra não geraria tantas interpretações sobre qual é o sentido da função social da atividade empresarial, porque ficaria engessada do ponto de vista do pensamento jurídico. Como princípio, o sistema vislumbrou cognitivamente a possibilidade da ampliação das interpretações, ou seja, criou um campo interpretativo que não tem mais fronteiras, cada interpretação que vem sobre a função social da atividade empresarial com um sentido que alarga que expande o seu próprio sentido. Na verdade todas essas interpretações surgem ou cumprem a função dentro do sistema de ocultar a ausência de sentido da expressão deste princípio. Quer-se dizer que o sentido deste princípio é não ter sentido e que todas estas interpretações construídas, ocultam a ausência de sentido desta expressão de certa forma construindo um sentido que não tem sentido, configurando uma forma jurídica para legitimidade do próprio sistema, mas ainda uma forma jurídica que não é apenas positiva, mas fundamentalmente constitucional, por ter a forma de celeiro dos princípios.

Vive-se o paradigma constitucional de que todos os direitos para ser direito tem que ser constitucional. E os princípios assim se consolidam e se fortificam como formas na Constituição, que fortalece a ideia de representação, dizendo o que é direito ou não direito. A expressão da função social da atividade empresarial é uma construção da ideia da filosofia dos valores, ou seja, impregnada com uma ideia bastante delineada do que sejam os valores. A função social para ideia empresarial passa a ser um valor desta atividade, o que do ponto de vista da sua natureza é um paradoxo, porque não há a preocupação desta atividade com o social. O método dividido entre teoria dos sistemas e o pensamento construtivista está na análise para aquele, que vai pensar o princípio em tela à luz da teoria dos sistemas. Mas o método proposto para dizer o que é esta função é o do construtivismo, que vai afirmar que tudo é invenção, e que não há invenção sem linguagem. O direito é primeiramente um sistema de linguagem que inventa realidades, inventa verdades, inventa formas jurídicas e faz nascer uma ideia de mundo, e sem essa linguagem não existiria. O direito é um sistema de ocultação

⁴² De Giorgi especifica o conceito de risco de acordo com os estudos realizados no centro de estudos de risco e diz que “O conceito de risco – em que a origem histórica, evolução e elaboração conceitual deveriam constituir tema de específicas pesquisas – foi definido essencialmente em relação aos âmbitos da decisão racional, por assim dizer, como conceito para a elaboração dos problemas do cálculo racional (2014, p. 25)

de paradoxo, mas não se deslegitima o direito, não há como jogar uma cortina de veludo que possa, definitivamente, ocultar a estrutura paradoxal do direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo da constituição econômica hoje é programático porque é dentro do econômico que o social, o cultural e as gerações futuras, se fundamenta e estabelece uma discricionariedade ao legislador reformador, dando a possibilidade de reformulação ou invenção. Essas invenções se dão à medida que o sistema se depara com situações improváveis que demandam respostas. Assim as invenções adentram ao sistema jurídico, em busca de legitimação, para irradiar verdades e consolidar realidades.

O princípio econômico da função social da propriedade privada, enquanto atividade empresarial traduz esta realidade que é o objeto realizado por essa análise. Em meio ao sentido do questionamento desta obrigação principiológica, em que na *práxis* não tem sentido algum, foi analisado o seu sentido pela teoria dos sistemas de Luhmann e pelo construtivismo. Devido ao fato de não se querer estabelecer se este princípio permeia o certo ou o errado, em termos justos, e sim qual o sentido. Este sentido foi direcionado por quatro institutos linguísticos, quais sejam: a verdade, o paradoxo, a complexidade e as formas jurídicas.

Pode-se perceber que a teoria dos sistemas de Luhmann, enquanto método, norteou a análise de observância sobre o sistema e suas relações entre os subsistemas e o pensamento do construtivismo apresentou-se como resposta a esta função. Assim diante da construção científica realizada o princípio se revelou como uma invenção que estabeleceu a verdade da função social quando incorporada no texto constitucional, pelo legislador, remetendo-nos a ideia contemporânea entre Estado e política, que é uma ideia de risco.

Ora, o Estado é uma expressão que tem um sentido político, jurídico, de formação das sociedades, de construção de espaço econômico, de regulação. Mas, a política tem outro sentido, que não é a do Estado. Faz-se política sem o Estado, mas não se faz Estado sem política. O Estado por se apropriar do Direito e da Constituição e constitucionalizar leis e princípios se coloca a disposição da política. Aqui há uma relação de risco, entre Estado/Direito/Constituição e Política. Faz-se reforma da constituição puramente pela reforma, que não reforma, para ser reformado o que é irreformável, sem se pensar no Estado. O risco vem a ser prioritariamente para o Estado, não para a política, porque o Estado quando pensa em política, pensa tanto no Estado como na política. A política quando pensa na política só pensa nela e não no Estado.

Atentando para o discurso da política como instituição autônoma, autossuficiente e persuasiva, tem-se que os princípios econômicos tornam-se instrumentos para a política, tanto é que o princípio abordado desta pesquisa não tem fundamento algum, apenas um sentido

político econômico, que não expõe o paradoxo para não contradizer o sistema e a lógica econômico-jurídica. A ocultação deste paradoxo, como exigir uma função social a uma empresa se sua principal e única função é o lucro, é revelada de maneira a abrir o campo para discursões e possibilitar o entendimento sistêmico construtivista.

Entender a ausência de um conceito, claro e possível de se realizar, no texto constitucional, através de um sentido é o desafio dos observadores e pensadores abertos a esta temática, saindo do discurso liberal iluminista, que impera nos debates (de que gerar emprego, pagar tributos, atender aos anseios do consumidor, cuidar do meio ambiente é função social da atividade empresarial e que é necessário), e transcendendo a lógica imposta da necessidade de que tudo tem que ter uma função social porque o mundo ainda repousa nas ideias esgotadas do iluminismo.

Destas observações dadas ao princípio da função social da atividade empresarial descortinaram-se as complexidades advindas como as pertinentes ao princípio basilar da economia, junto com o da livre iniciativa, que é o princípio da livre concorrência. A livre concorrência que se pontua e se firma pela intolerância ao monopólio é avaliada à luz da função social da empresa.

Das complexidades irradiadas sobre o princípio da livre concorrência, a que se apresentou como autoexplicativa foi a do *marketing* verde. O *marketing* verde se configurou como uma forma de monopólio oculto pelo discurso da comunicação ecológica que em meio ao processo de seletividade das complexidades, feita pelo observador, se sobrepõe as justificativas legais da aversão ao monopólio. O monopólio gerado pelo *marketing* verde é perceptível na segregação feita entre as empresas que conseguem trabalhar e gerar produtos e serviços com o discurso pertinente ao interesse global da preocupação com o meio ambiente e com as gerações futuras. Quando se sabe que o interesse ao final sempre é com o aumento de lucro da atividade empresarial.

Observadas as complexidades e impregnando sentido a este princípio, da função social da empresa, foi possível desmascarar as formas jurídicas pelo olhar de sistema e a prática de poder em volta da temática. A relação de formas jurídicas estabelecidas através de construções de verdades remete a ideia de saber-poder. O conhecimento, exposto por Foucault/Nietzsche, desfaz todo pensamento do conhecimento filosófico iluminista, de Kant e Spinoza, por exemplo, que sustentavam a teoria do sujeito, como parte originária do saber e traz à tona uma relação do conhecimento independente do sujeito, não como instinto, mas como resultado da luta travada pelos instintos. Assim a construção de formas jurídicas na sociedade foi pautada pelo poder político que se consolida hoje na sociedade moderna

ocidental e caracteriza-se em afirmar verdades que sejam verdades, mas que as vezes nem são. Ditam o direito, a verdade, a decisão e os contornos jurídicos de acordo com conveniência sistêmica, contendo as irritações de forma pontual, sem colocar em jogo o que é certo ou errado, justo ou injusto.

A relação do Estado com a política, e mais a dominação desta para aquele, é refletida e caracterizada nos sujeitos políticos que não estão preocupados mais com o modelo de Estado, estão preocupados nas suas ações e estas serem intituladas como ações políticas. A política se tornou autossustentável, autônoma, não precisa mais do Estado, muito embora os políticos precisem passar pelo Estado e, por este, validar a política. O Estado é a instituição que organiza a legitimidade da política, muito embora os políticos tenham compromisso com a política e não com o Estado, com a *pólis*.

Essa realidade traduz um constitucionalismo sem Estado, em si próprio em si mesmo, em que temos uma constituição onde o guardião não é jurídico e sim político. O fundamento de validade do discurso está na constitucionalização. Todo direito tem que ser constitucional e o projeto emancipatório da ideia da constituição apenas política, e não mais direito. Tudo tem que ser constitucionalizado, em que este se tornou a própria regra. E o constitucionalismo é tudo que pode ser constitucionalizado, através da decisão judicial.

A construção de ciência jurídica é improvável porque não há um conceito de constitucionalismo puro jurídico, e sim, pura política. Assim como há uma constitucionalização através da decisão judicial também há um abuso dos princípios, construindo todo o direito só por princípio, sem conseguir explicar sua origem. Os princípios surgem com a natureza de expandir a interpretação possibilitando respostas que a regra por si só não conseguia, dada a velocidade da sociedade moderna. Desta maneira o princípio da função social da atividade empresarial, à luz da teoria dos sistemas de Luhmann e do pensamento construtivista, consegue ter sentido, e só através dela, no ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito: Uma crítica à verdade na ética e na ciência**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ALEMANHA. **Constituição de Weimar de 1919**. Disponível em: <http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php>. Acesso em: 27 jun 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

_____. (1986) *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp. Trad. Bras.: **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMOND; G.; COLEMAN, J. **A política das áreas em desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1969

AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente. **A Função Social da Empresa no Direito Constitucional Econômico Brasileiro**. São Paulo: SRS Editora, 2008.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. 2ª Ed. São Paulo: EDIPRO, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AURÉLIO, Buarque de Oliveira Ferreira. **Dicionário da língua portuguesa**. Curitiba, PR: Positivo, 2009

BARBIERI FILHO, Carlo. **Disciplina Jurídica da Concorrência: abuso do poder econômico**. São Paulo: Resenha Tributária, 1984.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito Econômico Brasileiro**. São Paulo: IBDC, 2000.

BASTOS, Marco Toledo. **Entreaberto-Entrefechado: herança maldita do conceito de comunicação**. Unisinos: Revista Fronteiras – estudos midiáticos, Vol. 13. Nº 1 janeiro/abril 2011.

BARALDI, C. **Medios de comunicación simbólicamente generalizados**. In: CORSI, G. et al.. Glossário sobre la teoria social de Niklas Luhmann. México, DF: Antropos, 1996.

BAREL, Yves. **Le paradoxe et lesystème**. Paris: Presses Universitaires de Grenoble, 1979.

BARROS, Roque Spencer Maciel de. **Estudos liberais**. São Paulo: T. A. Queiroz, 1992.

BELO, Manoel Alexandre Cavalcante. **Política e desenvolvimento: Uma abordagem sistêmica**. Curitiba: Juruá, 2012

BÍBLIA SAGRADA. Trad. dos originais mediante a versão dos Monges de Maredsous (Bélgica). 128º Ed. São Paulo: Ave Maria, 1999.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 jun. 2015

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 jun. 2015

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 jun. 2015

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas programáticas**. Reimpressão, Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

_____. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**, 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002, pg. 1143-1159.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito: O construtivismo lógico-sistêmico**. 3ª.ed. São Paulo: Noeses, 2013

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Antitruste brasileiro**. Comentários à Lei 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMTE, Augusto. **Discurso sobre o espírito positivo**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Tempo e Memória**. Trad. Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006

_____. **Decisão Judicial, Normativismo e Direito Penal Moderno**. In: SILVA, Luciano Nascimento; BENE, Caterina Del. Estudos do Centro di Studi Sul Rischio dell'Università Del Salento, Itália, dos Profs. Drs. Niklas Luhmann e Raffaele de Giorgi. Livro III. p. 15-24. Curitiba: Editora Juruá, 2014.

DESCARTES, René. **Discurso sobre o método**. Tradução Paulo M. de Oliveira. 2ª Ed. Bauru, SP: Edipro, 2006.

DUGUIT, Leon. **Las transformaciones del Derecho Publico y Privado**. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1975.

_____. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DWORKIN, Ronald (1991). **Taking Rights Seriously** (1977). 6º Ed. Londres: Duckworth (trad. Brás.: **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002)

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ESPOSITO, Elena. **Construttivismo**. In BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. Luhmann in glossário. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali. Milano: Franco Angeli, 2000.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **A economia e o controle do Estado**, parecer publicado no jornal "O Estado de S. Paulo", p. 50, em 04.06.1989. São Paulo-SP

FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em: 08 Jul. 2009.

FRIEDMAN, Milton. Capitalismo e liberdade. Rio de Janeiro: Artenova, 1977.

GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais: Análise de sua concretização constitucional**. Curitiba, Juruá. 2003

GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito como sistema de controle** – para uma atualização da crítica da forma jurídica a partir da teoria dos sistemas. In: SILVA, Luciano Nascimento; BENE, Caterina Del. **Filosofia do Direito**, Estudos do Centro di Studi Sul Rischio dell'Università Del Salento, Itália, dos Profs. Drs. Niklas Luhmann e Raffaele de Giorgi. Livro II. p. 67-75. Curitiba: Editora Juruá, 2014.

GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito entre certeza e incerteza: Horizontes críticos para a teoria dos sistemas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos Sistemas Sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRISSAULT, Katy. **50 autores-chave de filosofia e seus textos incontornáveis**. Trad. João Batista Kreuch. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

HAYEK, Friedrich A. Von. **The Constitution of Liberty**. Chicago: The University of Chicago Press, 1960.

JELINEK, Rochelle. **O Princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do código civil**. Porto Alegre, 2006

KANT, Immanuel. **Princípios metafísicos da doutrina do direito**. Tradução de Joãozinho Beckenkamp. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

_____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KONDER, Leandro. **O que é dialética**. São Paulo: brasiliense, 2008.

KUNZLER, Caroline de Moraes. **A teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann**. Revista Estudos de Sociologia. Araraquara-SP, 16, 123-136, 2004.

LEITE, Flamarion Tavares. **O Conceito de Direito em Kant (na metafísica dos Costumes)**. São Paulo: Ícone, 1996.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução Marsely de Marco Dantas. São Paulo: EDIPRO, 2014.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. Petropolis-RJ: Vozes, 2011.

_____. **Organización y decisión, Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Introducción de Darío Rodríguez Mansilla. México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005.

_____. **Vertrauen**. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2000.

_____. **Ausdifferenzierung des Rechts. Beitrage zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999.

_____. **O conceito de sociedade**. In: NEVES, C.B.; SAMIONS, E.M.B. (Org). Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997

_____. **Rechtssoziologie**. Opladen: Westdeutscher, 1987.

LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. **Teoria de la sociedade**. Guadalajara, 1993

MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). **A reconstrução do Direito privado**. São Paulo: RT, 2002.

MELNIK, Stefan. **Liberdade e Propriedade**. Tradução: Henrique Sartori. São Paulo: Instituto Friedrich Naumann, dezembro 2009, 38p.

MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. **Desmistificando a função social da propriedade com base na Constituição Federal e legislação infraconstitucional**. Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano 96, n. 860, p. 91-133, jun. 2007.

MÉXICO. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org>. Acesso em: 07 jul. 2009

NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. **Raffaele De Giorgi e os Paradoxos do Direito**. In: SILVA, Luciano Nascimento; BENE, Caterina Del. **Filosofia do Direito**, Estudos do Centro di Studi Sul Rischio dell'Università Del Salento, Itália, dos Profs. Drs. Niklas Luhmann e Raffaele de Giorgi. Livro II. p. 79-106. Curitiba: Editora Juruá, 2014.

NEUMANN, F. **Estado Democrático e Estado Autoritário**. trad. L.Corção. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hercules: Princípios e Regras Constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 2ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

PANNARALE, Luigi. **Justiça e Direitos Humanos**. In: SILVA, Luciano Nascimento; BENE, Caterina Del. **Filosofia do Direito**, Estudos do Centro di Studi Sul Rischio dell'Università Del Salento, Itália, dos Profs. Drs. Niklas Luhmann e Raffaele de Giorgi. Livro II. p. 29-65. Curitiba: Editora Juruá, 2014.

PERLINGERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1991

RODRÍGUES, Dário; TORRES NAFARRATE, Javier. **Autopoiesis, la unidad de una diferencia: Luhmann Y Maturana**, Sociologias, 2003, n.9, p. 106-140

SILVA, Luciano Nascimento. **O observador e a teoria do conhecimento** – a invenção do saber científico. In: SILVA, Luciano Nascimento; BENE, Caterina Del. **Filosofia do Direito**, Estudos do Centro di Studi Sul Rischio dell'Università Del Salento, Itália, dos Profs. Drs. Niklas Luhmann e Raffaele de Giorgi. Livro II. p. 72-89. Curitiba: Editora Juruá, 2014.

SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. **O cumprimento da função social da propriedade no novo direito antitruste brasileiro**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, Ano 11, n. 44, p.183-200, out/dez.2013.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. São Paulo: Nova Cultural, 1996. v. 2.

SOBREIRA FILHO, Enoque Feitosa. **O discurso jurídico como justificação**: uma análise marxista do direito a partir da relação entre verdade e interpretação. Tese. 231 f. Universidade Federal de Pernambuco: Recife, 2009

SORTO, Fredys Orlando; MAIA, Mário Sérgio Falcão. **Cidadania, direitos sociais e indivisibilidade dos direitos humanos**. In: LEAL, Mônica Clarissa Henning (org.). *Trabalho, constituição e cidadania*: reflexões acerca do papel do constitucionalismo na ordem democrática. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 97-108.

STRECK, Lênio Luis. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 4.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional da Empresa**. São Paulo: Método, 2013.

TEIZER JUNIOR, Augusto Geraldo. **A Função Social do Código Civil**. São Paulo: RT, 2004

TEPEDINO, Gustavo. **Contornos constitucionais da propriedade privada**. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes (coord.). Estudos em homenagem ao Professor Caio Tácito. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil**. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004, p.19

_____. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

VON FOERSTER, Heinz. **Sistemi Che Osservano**. traduzione di Bernardo Dragui. Roma: Astrolabio, 1987.

_____. **Sicht und Einsicht**: Versuche zu einer operative Erkenntnistheorie. Braunschweig/Wiesbaden, Friedr. Vieweg & Sohn, 1985.

WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. 14.ed. São Paulo: Ática, 2006